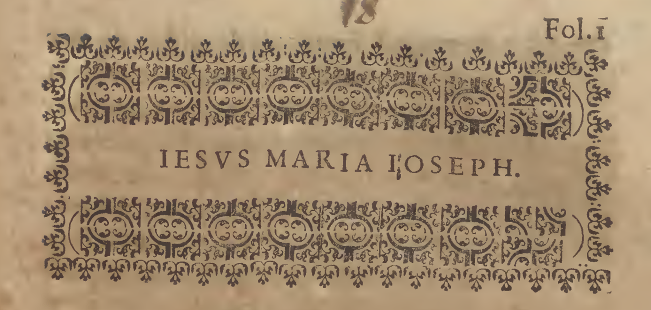


POR

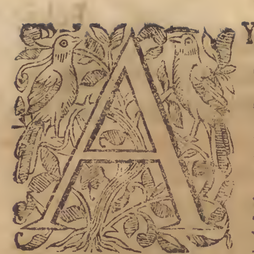
DON IAYME MANVEL Manrique de Cardenas Marques de Velmonte, Gentilhombre de la Camara de ſu Mageſtad.

CON

Don Gonçalo Fajardo Cauallero del Habito de Calatraua, y con el Duque de Najera.

SOBRE.

La ſuceſsion del mayorazgo q̃ fundò don Iuan Mãrique Clabero de la Orden de Calatraua, de la villa de ſan Leonardo, y otros bienes. Num. 1.

Num.2. Y sentencia de vista, en que el Marques es absuelto dela demanda de don Gonçalo, quanto al mayorazgo delos bienes del dicho don Iuan, y le condena a que restituya por bienes de doña Ana Fajardo, muger que fue del dicho don Iuan Manrique, la dote que lleuò, y arras, con mas los bienes.

Num.3. El Marques pretende, que se ha de confirmar la dicha sentencia en lo que es en su fauor, y que se ha de reuocar, en quanto se declaran por bienes de la dicha doña Ana para su mayorazgo los veynte mil ducados, y emolumentos del oficio de Ensayador de la casa de la moneda de la Ciudad de Seuilla, de que el dicho don Iuan le hizo donacion al tiempo de casarse con ella: y que se ha de declarar pertenecer al capital de don Iuan Manrique, ochenta mil ducados que tenia quando casò con la susodicha, y auerse comprado cõ ellos las villas de san Leonardo, y las demas de que se fundò el dicho mayorazgo. Y que se hagã buenos al mayorazgo del dicho don Iuan, los veynte mil ducados que se dieron a doña Iuana Manrique Condesa de Valẽcia por su legitima, y todas las mandas graciosas que hizo la dicha doña Ana por su testamento, con los gastos del entierro, è funeral, y deudas que tenia quando se casò, pagadas durante el matrimonio.

Num.4. Y su justicia se funda en tres articulos principales.

El primero, que el mayorazgo que fundaron el dicho don Iuan, y doña Ana Fajardo su muger en

en fauor de sus hijos por escritura de donacion, de su naturaleza fue reuocable, y le pudo reuocar el dicho don Iuan, que sobreuiuio a su muger en todo, y en parte, como re vera lo hizo, reuocãdo el llamamiento del pariente mas cercano de la dicha doña Ana.

El segundo, que la donacion delos veynte mil ducados, y del oficio de Ensayador de la casa de la moneda de Seuilla, fue inualida, como tambiẽ lo son las demas donaciones que le hizo. Num. 5.

El tercero, que se han de declarar por bienes, y capital del dicho don Iuan, ochenta mil ducados que tenia quando casò con la dicha doña Ana, y los lleuò al dicho matrimonio, y se le han de hazer buenos de lo que huuiere de auer el mayorazgo de la susodicha, veynte mil ducados que pagò el dicho don Iuan a doña Iuana Manrique su hija, y dos mil y quinientos ducados de la mãda que hizo a don Iuan Manrique, hijo natural del dicho su marido, con mas las deudas que tenia, y gastos del funeral de la susodicha. Num. 6.

Primer Articulo.

¶ Para este articulo se supone, que don Iuã Manrique de Lara, y doña Ana Fajardo su muger con facultad Real, otorgaron juntos escritura de donacion en onze de Iulio de mil y quiniẽtos y sesenta y siete, en q̃ fundan mayorazgo dela villa de san Leonardo, Rabanera, Ontoria, Canicosa, la Miranda del pinar, Cabeçon de la Guelgua, Regumiel con sus vassallos, tercias, y alcaualas, jurisdicion ciuil, y criminal, y otros lugares, bienes, juros, y censos que tenian. Num. 7.

En

Num.8. En fauor de don Antonio Manrique ſu hijo, y de ſus deſcendientes, con llamamientos regulares, y a falta de hijos del dicho don Antonio, llaman a doña Iuana Mãrique ſu hija, y ſus deſcendientes, y las demas hijas ſi las tuuieſſen: y en falta de ſus deſcendientes, a don Iuan Manrique hijo natural del dicho don Iuan, y a ſus hijos, y deſcendientes, y a falta de todos, llamaron al pariente mas cercano de la dicha doña Ana Fajardo, y a ſus deſcendientes varones, y hembras, ſegun y en la forma declarada en los llamamientos antecedentes.

Num.9. Y dizen, que para la diſpoſicion del tercio, y quinto de ſus bienes vſan, y ſe valen de la facultad que les dan las leyes del Reyno, y para lo que excediere, y no pudieren hazer, conforme las dichas leyes vſan, y ſe valen de la dicha facultad real, la qual tiene la clauſula ordinaria, en que ſe reſerua a los dichos don Iuan Manrique, y doña Ana Fajardo libre poteſtad de poder alterar, y mudar, quitar, y reuocar lo que quiſieren del dicho mayorazgo, en todo, ò en parte, por cõtrato y vltima voluntad, como parece de la facultad Real que eſta en el pleyto.

Num.10. Doña Ana Fajardo murio con eſta diſpoſiciõ, y don Iuan Manrique ſu marido que la ſobreuiuio en 18. de Iunio de 570. al tiempo de ſu fin, y muerte, dio poder a don Iuan Eſteuan Manrique de Lara Duque de Naxera para que teſtaſſe por el, y hizieſſe llamamientos para la ſuceſsion del dicho mayorazgo, primeramente en ſu hijo mayor, y en ſus deſcendientes, y luego en doña Iuana Maria Manrique ſu hija, y en los ſuyos, y en falta de todos, en el hijo ſegũdo legitimo por linea

recta

recta de la casa de Naxera, y en el poder dize.

Clausula del poder.

¶ *E quiero, y es mi voluntad, que aora, ni en tiempo alguno, no suceda en los dichos mis bienes, casa, y mayorazgo, y de mis hijos, y descendientes, è suyos los parientes descendientes, ni colaterales de la casa, y linage de los Fajardos, de donde mis hijos desciẽden por parte de la dicha doña Ana Fajardo mi muger, y su madre, è reuoco, è caso, y anulo, è doy por ninguno, è de ningun valor, y efecto, qualquier clausula, ò clausulas que yo aya fecho, y otorgado, ansi por escrito, como por palabra, en qualesquier testamento, ò testamentos, codicilo, ò codicilos que antes deste nombramiento de herederos yo aya fecho, ò hiziere de aqui adelante, en las quales yo aya llamado à los dichos descendientes, ascendientes, ò colaterales de los dichos mis hijos por parte de la dicha doña Ana Fajardo mi muger, por quanto quiero, y es mi voluntad, que no sucedan en ello sino los dichos mis hijos, è herederos suyos, e de la dicha casa, è linage de Naxera, segũ dicho es.* Num. 11.

En virtud deste poder el Comissario reuocò el llamamiento del pariente mas cercano de la dicha doña Ana, y a falta de los hijos, y descendiẽtes del dicho don Iuan, y de la susodicha, llamò al hijo segundo de la casa de Naxera, para que el, y sus descendientes sucediessen en el dicho mayorazgo, como lo es el dicho Marques, en que van llanas las partes. Num. 12.

Los hijos, y descendientes de los fundadores faltaron con la muerte de doña Iuana Maria Mãrique Condesa de Valencia, que sucedio a don Num. 13.

An-

Antonio su hermano, por no auer dexado hijos ni descendientes, y auer ella muerto sin ellos.

Num. 14. Por lo qual se puso demanda de tenuta en el Consejo por el dicho Marques, como hijo segundo de la casa de Naxera, y por don Gonçalo Fajardo como deudo, y pariente mas cercano de la dicha doña Ana, pretendiendo cada vno auerse passado en el la possessión de los bienes del dicho mayorazgo, por muerte de la dicha Cõdesa, que fue sin hijos, y descendientes como va dicho.

Num. 15. Diose sentencia de tenuta en fauor de entrãbos, diuidiendo este mayorazgo, mandando dar la possession de los bienes de don Iuan Manrique al Marques, y los de doña Ana a don Gonçalo, cõ los frutos desde la muerte de la Condesa vltima posseedora, y la propiedad se remitio a la Audiencia.

Num. 16. Donde don Gonçalo puso demanda al Marques, pretendiendo ser declarado por sucessor legitimo del mayorazgo que fundaron don Iuan Manrique, y doña Ana Fajardo su muger, por auer quedado irreuocable desde su fundacion, y no le auer podido reuocar el dicho don Iuan despues por su testamento, y codicilo, y que el Marques le restituya todos los bienes del dicho mayorazgo con frutos desde la muerte de la dicha Condesa.

Num. 17. El Marques respondio que deuia ser dado por libre, porque este mayorazgo aunque se fundo por donacion entre viuos por marido, y muger, quedo sugeto a poderse reuocar, tanto por su naturaleza, quanto porque se dispone asi por la facultad real con que fue fundado, y que el Marques como hijo segundo de la casa de Naxera, tie-

ne

ne llamamiento literal, con que la absolucion es precisa.

Diose la sentencia de vista que va referida supra numero 2. y quanto esto pretende que se ha de confirmar; y su justicia se funda, ex sequentibus. Num. 18.

Lo segundo, porque aunque no se puede negar estar fundado este mayorazgo por donacion, y contrato entre viuos, quando los fundadores dizen. ibi: *De todos los quales dichos bienes, y de cada cosa, y parte dellos hazemos donaciõ por el dicho titulo de mayorazgo, a dõ Antonio Manrique de Lara nuestro hijo, para que los tenga, y possea por el dicho titulo de mayorazgo, por todos los dias de su vida, y despues del vengã a sus hijos, y descendientes.* Num. 19.

Ac proinde, auer de ser irreuocable, eo quod contractus posquam celebrati sunt reuocari non possunt; *l. perfecta donatio, C. de donationibus quæ sub modo, l. de donationem; C. de reuocand. donationibus; l. quamuis, C. de transactionibus.* Num. 20.

Sin embargo por su misma naturaleza es reuocable, nõ minus, que si por testamento, ò otra qualquiera vltima voluntad, se hallara fundado, vt aperte probat lex 44. Tauri, ibi *El que hiziere mayorazgo, aunque sea cõ autoridad nuestra, ò de los Reyes que de nos vinieren, ora por via de contrato, ora en qualquier vltima voluntad despues de hecho puedelo reuocar à su voluntad*; ponderando verba illa, *por via de contrato*, que necessario referenda sunt ad donationem inter viuos, tunc, porque statim, dize, *ora en qualquiera vltima voluntad*, en que se comprehende la Num. 21.

dona-

donacion causa mortis, quę vltime voluntatis naturam sapit, totum titulus *de donationibus causa mortis, l. Seia. §. fin. ff. eodem titulo*, vbi, de la donacion causa mortis se saca la falcidia, como de los legados, *Molin.. lib. 1. cap. 12. num. 10.*

Num. 22. Y lo mismo prueua en mejora de tercio, y quinto, *la ley 17. Tauri*, ibi: *Quando el padre, ò la madre mejorare alguno de sus hijos en testamento, ò en otra postrimera voluntad, ò por algun contrato entre viuos*, & ibi: *Hasta la hora de su muerte la puede reuocar quando quisiere.*

Num. 23. Y la razon es, quia habet vim supremi iudicij, *l. si filia, §. si pater, ff. familiæ herciscundæ*, ibi: *Non videri donationem, sed potius supremi iudicij diuisionem*, quam ad propositum adducit, *Molina lib. 1. cap. 12. nu. 1.* eo quod maioratus diuisioni hæreditas asimilatur, & ita, como la diuision hecha en cotrato entre viuos, por el padre se puede reuocar, *vt in dict. §, si pater*, expressè cabetur eodem modo, el mayorazgo, vtcunque, por donacion inter viuos fiat, ita *Cels. consil. 120. num. 43 & consi. 100. num. 12. Velazquez de Auendaño in dict. l. 44. Mieres de maiorat. 1. part. quæst. 17. ex num. 1. Molina d. lib. 1. cap. 12. num. 1.* cum sequentibus, *Francisc. Molino de riptu nuntiarum lib. 3. quæst. 6. num. 11. & 12.*

Num. 24. Sin que por esso se diga ser hecho por vltima voluntad, sino por cōtrato entre viuos, quādo quidē, ay muchos contratos que por su naturaleza son reuocables, aunque se hagan entre viuos, veluti, la donaciō de marido, y muger la q̃ el

el padre haze al hijo en su patria potestad, y otros que refiere *Molina dict. lib. 1. cap. 12. num. 8.* qui ex eo quæ vsque ad mortem, se pueden reuocar, y con ella se confirman, se dize tienen naturaleza de vltima voluntad, sin embargo de ser propriamente contratos, *l. in donationibus, C. ad legẽ Falcidiam, gloss. in authentica ex testamento, verbo daturum, C. de donat. vbi Bart. Bald. Alexand. & Ias. l. res quæ, C. de donat. inter virum, & vxorem, gloss. in l. filiæ cuius verbo adiudicari, C. familiæ herciscundæ, Molina* vbi proximè, *num. 10. &* 11.

Quibus similis est, el mayorazgo, y su fundacion, porque sine fiat aparentibus per modum diuisionis, dando al hijo mayor sus bienes, y a los otros hijos alimentos (prout contingit in presenti, quando don Antonio Manrique le dieron todos los bienes, y solo a la Condesa de Valencia veynte mil ducados por su legitima) siue fiat simpliciter por donacion, dando cierta parte de bienes al hijo mayor, ò a vn estraño, entonces aunque por derecho comun era yrreuocable, en Castilla se puede reuocar hasta la muerte, *ex dict. l. 44. Tauri*, vt eleganter tenet *Molin. dict. cap. 12. num. 7.* dicens: *Si simpliciter maioratus fiat videtus dicendum, quod etiam si per viam contractus, vel donationis inter viuos, vel alio quocunque pacto maioratus simpliciter, fiat semper, quo ad effectum atque reuocandi facultatem vltime voluntatis naturam obseruari debet, nam quambis iure cõmuni inspecto maioratus iste in persona filij emancipati, vel alterius agnati, vel cognati, vel alicuius etiam extranei per viam contractus, seu donationis inter viuos instituus statim irreuocabilis sit, l. perfecta donatio cum similibus, C. de dona. quæ submodo hodie, tamen atẽ-* Num. 26.

ta

ta decisione,l.44.Tauri,qua cabetur maioratũ, etiã in contractu institutum vsque ad mortem reuocari posse desinit maioratus iste habere vim contractus, & asumit naturam vltimæ voluntatis, quæ vsque ad mortem reuocabilis est,qua sola ratione maioratus vim vltimæ voluntatis obtinuere censuerũt, Gregorius Lopius,Mench.Castillo in locis in quibus eos supra isto cap.n.1.nuncupatim citauimus, & repetit,l.4.ca.11.in 23.

Num. 27. Y asi,aunque este mayorazgo se aya hecho por contrato,y donacion entre viuos) que no se puede negar) qualquiera delos fundadores le pudo reuocar, quandoquidem, para ser yrreuocable han de interuenir los requisitos de la sobredicha *l.44.y 17.de Toro*,ò la muerte de entrambos fundadores,vt statim dicemus,vti expresse tenet *Molin.lib.4.in cap.2.numer. 1.*vbi:*dicit cum enim siue contractu, siue in testamento instituta vltimæ voluntatis naturam sornantur consequens est, vt in totum etiam reuocari valeant, Auẽdaño,dict. l. 44. glos.6.num.*2.*Franciscus Molino de ritu nuptiarũ, lib.3.q.6.à n.*8.

Num.28. Lo que procede,sine dubio,etiam si el mayorazgo se aya fundado por marido, y muger, simul en contrato inter viuos,nam vel simul possunt reuocare,vel altero mortuo,el que sobreuiue (in quo casu sumus)porque aunque se aya hecho en vna escritura se reputa, como si en diuersas escrituras se huuiera otorgado separadamente por cada vno dellos,& sic,por diuersos,y distintos mayorazgos, prout in terminis prout aiunt terminantibus,tenet *Baldus in l.humanitatis, nu. 37.de impuberum,& alijs subst.Tiraquellus de iure primogeniture quæst. 68.* donde propuso la question

tion deste pleyto: nempe, si el mayorazgo hecho por marido, y muger en contrato entre viuos en fauor de hijo comun muerto el vno delos contrayentes le puede reuocar el sobreuiniente, & resoluit posse reuocari, *Quia hæc maioratus cõstitutio vim habet supremi iudicij, dict. l. filia, §. si pater, ff. familiæ hercis. & cum vltimæ voluntatis natura mutabilis sit vsque ad mortem, l. 4. de addimẽdis legat. & dict. l. fin. C. de pactis, consequens est maioratum posse, vel cõmuni consensu. vel alterius de bonis suis reuocare*, sequitur *Franciscus Molino, dict. lib. 3. quæst. 6. n. 9. Tello Hernandez in dict. l. 17. Tauri, n. 13. Molin. dict. lib. 4. cap. 2. nu. 84. Mieres de maioratu 1. part. quæst. 23. num. 2. Gutierrez in cap. quambis pactum in principio, de pactis in 6. Burgos de Paz cons. 1. n. 24. Azeued. in l. 1. n. 23. tit. 6. lib. 5. Recop. Castillo tom. 2. controuers. ca. 18. & tom. 5. cap. 67. n. 28. versic. ego vero, & cap. 89. num. 117.* quos & alios refert additio ad *Molinam, d. lib. 4. cap. 2. n. 84.*

Et etiam, si en la fundacion huuiessen dicho q̃ quieren que sea mayorazgo indiuiduo, è indiuisible, porque sin embargo el que sobreuiue le puede mudar, reuocar, y alterar, *Boherius decis. 276. num. 2. Gama decis. 351. num. 1. Aluarado de coniectura tamente defuncti, lib. 2. cap. 3. n. 4. Gutierrez cons. 2. num. 7. Zeuallos, quæst. 310.* en sus communes, *Castillo dict. cap. 67.* Num. 29.

Lo segundo, porque se fundò este mayorazgo con facultad Real, en que expressamente se concede licencia a los fundadores de poderle reuocar, y alterar quantas vezes quisieren en vida, ò en muerte, ibi: *Cada, y quando que quisieredes, ò por bien tuuieredes, podays quitar, y acrecentar corregir,* Num. 30.

regir, reuocar, y enmendar el dicho mayorazgo, y los vinculos, y condiciones con que lo hizieredes, en todo ò en parte dello, è deshazerlo, è tornarlo a hazer, è instituyr de nueuo, y cada, y quando que quisieredes, y y por bien tuuieredes, vna, y muchas vezes, è cada cosa, è parte dello libre a vuestra voluntad, en este caso, omnes conueniunt que se puede reuocar, ex *dict. l. 44. Tauri*, quæ expresse hoc decidit, vbi *Auend. Molin. dict. lib. 4. cap. 2. n. 78.*

Num. 31. Aunque se aya hecho con tercero por causa honerosa de matrimonio, y con entrega de possession de los bienes, y con los demas requisitos de la *l. 17. & 44.* vt diserte tenet ipse Molin. sup. d. n. 78. dicens. *Nã quãbis maioratus Regia facultate prudente institutus ex aceptatione, atque possessionis traditione, vel ex causa honerossa irreuocabilis effectus fuerit, his nõ obstantibus renouari poterit si in Regia facultate adictum fuerit, quod post maioratus institutionem, possit eius institutor illum libere reuocare, prout in omnibus Regijs facultatibus adijci solitum est, ex l. 44. Tauri, quæ hodie est lex 4. titu. 7. lib. 5. in noba legum Regia const. adeò, clare decissum est, vt non valeat iuridici infitiari*, idem tenet *Pater Molina de iustitia, & iure, tomo 3. tractatu 2. disputatione 587. num. 2. Mieres de maioratu 1. parte, quæst. 38. Matienço in d. l. 4 tit. 7. lib. 5.* Recopil. *glos. 6.* Donde da por razon ser el mayorazgo fundado con los dichos requisitos reuocable, porq̃ la reserua de la facultad le haze condicional, nisi postea à fundatoribus reuocetur, y faltando la condicion con la reuocacion, se resuelue el mayorazgo, y haze nulo.

Num. 32. Et ita, de qualquiera manera que don Gonçalo juzgue este mayorazgo, fue reuocable hasta

la

la muerte de entrambos,quãdo la facultad se dio à los dos para hazerle de sus bienes,y en ella licẽcia de poderle reuocar en parte,y en todo,tantas quantas vezes quisierẽ,en vida, ò en muerte,porque aunque sehuuiesse hecho por contrato,y modo,aliàs irreuocable,siendo condicional por la facultad que se dà de poderlo reuocar,auiendo reuocado el llamamiento del pariente mas cercano de la dicha doña Ana,quedò caduco como sino se huuiera hecho,y llamado expressamente el hijo segũdo de la casa de Naxera,ex *Molin.d.lib. 4.cap.2.nu.78.*

Porque la facultad se dà à entrambos como della parece,ibi: *A vos el dicho don Iuan Manrique de Lara,y doña Ana Fajardo vuestra muger*,y siendo dos los mayorazgos,como son dos los fundadores,y patrimonios de que se fundan ; vt supra, se entiende la facultad distributiuamente dada à cada vno insolidum para hazerle en sus bienes,secundum doctrinam *Bart.in l.hoc articulo,ff.de hæredib.instit.num.5.Grabr.cons.87.n.2.Cancer. lib. 1.variar.c.8.tit.de douation.num 42.Fontanela de pact.nuptialib.clausula 4.glos.22.n. 31.* Ratio est, quia illa pluralitas,à vos el dicho don Iuan Manrique de Lara,y doña Ana Fajardo vuestra muger,resoluitur in plures singularitates, *l. cum falsa,§.fin ff.de condit.& demostrat.l.futurus,in princip.ff.de legat. 3.* y ansi como pedida la facultad por muchos, etiam si in persona vnius loquatur rescriptum est commune omnibus impetrantib. l.1.C.de diuersis rescript. Mier.1.part.quæst.23. num 18.de la misma manera la facultad concedida à muchos,se entiende cõcederse à cada vno de per si,como si a cada vno,y en diuersas facultades Num. 33.

des se concediera, est enim vna carta, sed plures facultates, vt in l. eo quod à multis, C. si certum petatur, & ita tenet in terminis Gregor. Lopez in l. 2. tit. 15. part. 2. verb. *sino el fijo mayor*, vers. ex quibus decisionibus inferes.

Num. 34 Lo tercero, porque quando no huuiera auido facultad, y el mayorazgo se hiziera con clausula de constituto, y entrega de bienes, le pudo limitar, y reuocar el dicho don Iuan, eo quod, no huuo aceptació de ninguno de los llamados, la qual se requiere, etiam hodie stãte, *l. 2. tit. 16. lib. 5. Rec.* vt erudite admodum defendit *Molin. d. lib. 4. c. 2 num. 60. Castill. tom. 5. cap. 80. nu. 12. & 16. & c. 93. § 8. nu. 16. vers.* secundo deinde, *& cap. 151. n. 13. Valenç. Velazq. cons. 64. n. 28. Franc. Molino dict. lib. 3. q. 8. nu. 8. Alex. Ludouis. decis. 97. num. 8. & decis. 567, nu. 3. Ant. de Amatis var. resol. 30. nu. 6.*

Num. 35. Sin que importe dezir, que por ser infantes los hijos en fauor de quien se hizo el mayorazgo al tiẽpo de su fundacion, no fue necessaria aceptacion explicita, porq̃ la suple la ley, vt cauetur *in l. iubemus, C. de emancipat liberor.* ibi: *Nisi infantes sint qui, & sine consensu, etiam hoc modo sui iuris eficinntur, l. donatarum, de acquir. possess.* Donde si se entrega al infante alguna cosa por titulo de donacion, se le adquiere la possessiõ, etiam sin autoridad de su tutor, que alias era necessaria para adquirirla, *l. quamvis, § infans, de acquir. possess. l. 1. § adipiscimur eod. tit.* vt tenet *Molin. d. lib. 4. ca. 2. nu. 75. Mier. 1. p. q. 41. à n. 7. Molino d. q. 8. nu. 29.*

Num. 36. Porque se responde, procede la opinion destos Doctores en la donacion merè gratuita, en q̃ al infante graciosamente se le dan los bienes sin obligacion, y carga alguna, como sucedio en el

caso

caso de la *l. iubemus, & in l. donatarum*, y lo entiende expressamente assi *Castillo to. 5 d. c. 80. num. 41.* ibi: *Sic sane in terminis puræ, & gratuitæ donationis absque grauamine loquitur ij, omnes iuris Interpretes quos supra, n. 9. & 16. recensui.*

Cæterũ, nos non versamur en estos terminos, sino en vn mayorazgo que no es mera donacion, sino ob causam, en que el posseedor se obliga à cumplir las condiciones, cargas, y grauamenes q̃ le puso el fundador, *Molin. supr. nu. 69.* à los quales no es posible queda obligado el infante sin cõsentimiento expresso, y assi es necessaria su aceptacion, vt in terminis tenent *Thesaur. decis. 70. n. 15. Cast. d. c. 80 nu. 41. Pater Molin de iustit. & iure, to. 2. disput. 261. in princ.* vbi inquit: *Cum verò contractũ celebrare actus sit humanus notum est eos omnes qui vsu rationis caret, non posse per se ipsos illos celebrare, vt sunt infans dormiẽs, ebrius, furiosus, phreneticus, & alij similes quarè, vt donatio eis facta valida sit per aliũ, debet nomine ipsorum acceptari,* y se ha de atender necessariamente en donaciõ, que es ob causam, y en que el infante pricisamẽte por la aceptacion queda obligado. Num. 37.

Como sucede en este mayorazgo, en que se ha de obligar à traer el nõbre, y apellido de Manrique, y traer las armas del, y cõsentir q̃ disuelto el matrimonio goze el q̃ sobreuiniere el vsufructo de todos los bienes aunq̃ sean de su legitima, ibi: *Otrosi nos los dichos D. Iuan Manrique de Lara, y doña Ana Fajardo, reseruamos en nos el vsufructo de todos los dichos bienes, por todos los dias de nuestras vidas; de manera q̃ el que quedare à la postre viuo, goze enteramente todos los dichos bienes por todos sus dias,* &c ibi: *Y si el sucessor en el contradixere lo susodicho* Num. 38.

cho, por el mismo caso le hazemos incapaz de suceder en este mayorazgo y dispẽsamos q̃ passe en el siguiente en grado.

Num. 39. Vndè cum grauamen ferendi nomen, & arma tanti momenti sit, la obligaciõ de hazerlo se juzga por contrato honeroso, y correspectiuo, *l. hoc iure, §. fin. ff. de donationib.* vbi; *Sic notat glos. Molin. lib. 2. c. 8. nu. 17. Grat. discept. forensium, c. 381.*

Num. 40. *n. 24.* Et premaximè, auiendo de consentir q̃ goze el que sobreuiuiere el vsufructo de los bienes del padre muerto, q̃ desde luego le perteneciã ipso iure, y sin grauamen ninguno, *l. in suis, ff. de liber. & posthum. l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam.* & etiã, el dar à los demas hermanos los alimentos que señalaren, por auer reseruado en si el poderlo hazer.

Num. 41. Ex his plane infertur, q̃ siendo necessaria aceptacion aunq̃ sea del infante antes de auer aceptado el mayorazgo, le pudo reuocar el dicho D. Iuã sin embargo de q̃ se huuiesse hecho irreuocable por los medios de la ley, vt in terminis tenet *Molin. d. c. 2. nu. 64.* ibi: *Quod adeò verum est, quod etiã si clausula constituti, vel reseruatio vsusfructus in maioratu interueniat reuocari posit si aceptatũ non fuerit,* vbi prosequitur exornando esta proposicion, y en el vers. *quod autem in maioratu,* hablando en el pacto de no reuocar, en q̃ tuuo por opinion cierta, y firme se hazia con el el mayorazgo irreuocable, inquit: *Quod etiã in maioratu cui pactũ de non reuocando adiectũ est, procedit ante acceptationẽ enim reuocari poterit,* & latius prosequitur

Num. 42. Y la aceptacion q̃ despues hizo don Antonio Manrique con entrar a suceder en este mayorazgo muerto ya su padre, no es de momẽto quãdo

vemos

venios que ya auia reuocado el llamamiento de los Fajardos, à quien cō su aceptaciō ningū derecho se pudo adquirir, pues ya auia cessado este llamamiēto cō la reuocaciō q̄ su padre auia hecho, *Mol. d. c. 2. n 69. & alter Mol. disp. 264.* infr. refer.

Ni tampoco puede ser de momēto q̄ el dicho D. Iuan Manrique gozasse el vsufructo de los bienes de su muger mientras viuio: Túm, porq̄ los gozò como padre, y legitimo administrador de su hijo, *l. cum opportet, C. de bonis quæ liber. l. 1. C. de bon. mat.* y en duda se entiēde auerlos gozado por este titulo, y no por la reserua q̄ el, y su muger auiā hecho, quādo concurriendo dos titulos para adquirrir, indubio, præsumitur adquisitio, ex titulo faborauiliori secundū *Bald. in l. 1. C. de repudianda hæred. Anchar. cons. 517. Mandos. in allegat. ad Lapum, allegat. 89. q. 9. in fin. Put. decis. 356. libr. 1.* Num. 43.

Tum etiā, porq̄ quando por la reserua los huuiera gozado, no podia obrar aceptaciō del mayorazgo fundado por el, y la aceptaciō la deuia hazer el donatario, cum sit contractus reciprocus, maximè, auiendose de obligar à cūplir las cargas y obligaciones con q̄ es fundado, secū dū *Molin. de iustit. & iur to. 2. disput. 294. vers. quinto quando aceptatio, Cast. d. c. 80. n. 42. Mier. de maior 1. p. q. 68.* Y solo pudiera obrar supresencia, y aceptaciō, y reuocabilidad del mayorazgo de su muger, pero no del suyo, pues no podia perjudicar à sus hijos, ni obligarles sin hecho suyo à los dichos cargos, y obligaciones cō q̄ fundò este mayorazgo. Num. 44.

Itaque, es llano que el mayorazgo fue reuocable hasta la muerte del dicho don Iuan: tūm, por su misma naturaleza, cū vim supremi iudicij habeat, & si per contractū inter viuos fundatus sit, Num. 45.

tum etiam, porque interuino facultad Real en q̃ se dio licencia de poderle reuocar en vida, ò en muerte, con q̃ re vera, fue condicional, tũ & etiã, porq̃ no huuo aceptaciõ, y antes de suceder ninguno de los hijos, reuocò el llamamiento de los Fajardos.

Primera oposicion de don Gonçalo Fajardo.

Num. 46. ¶ Dize don Gonçalo, que las dotrinas referidas proceden en mayorazgo fundado por testamento, y vltima voluntad, ò otra disposicion semejante: pero no quando por contrato entre viuos se haze por via de donacion, porque entõces es llano q̃ el que sobreuiue no puede reuocar por su parte el mayorazgo, cum contractus qui abinitio sunt voluntati efficiuntur necessari, *l. sicut abinitio, C. de actionibus, & obligat. l perfecta donatio, C. de donation. quæ sub modo*, y no se pudiendo negar que este mayorazgo se hizo por donaciõ entre viuos, quando consta claramente, ex ipsamet fundatione, es claro auer quedado irreuocable desde su fundacion, y consiguientemente adquirido derecho à todos los llamados irreuocable, per legem *quoties, C. de donationib. quæ sub modo*, que no se pudo quitar por la alteracion que el dicho don Iuan hizo al tiempo de su muerte, *d. l. perfecta donatio*, toties repetita.

Respuesta deste fundamento.

Num. 47. ¶ La qual resulta de lo que supra queda fundado,

do,q̃ el mayorazgo de su anaturaleza tiene fuerça de vltima voluntad, aunq̃ este hecho por donacion, y contrato entre viuos, no auiendo interuenido alguno de los requisitos q̃ le hazẽ irreuocable, de quibus in d.*l.17.& 44.Tauri*, cõ q̃ es vana la ponderacion q̃ se haze de las palabras de la fundacion, para prouar que se hizo por donaciõ entre viuos, lo que no se niega: pero dezimos por las dichas leyes es reuocable, vt late supra probatum est.

Y no importa dezir huuo entrega de possessiõ porq̃ los donadores reseruaron para si el vsufructo para gozarle juntos en su vida, y el que sobreuiuiere cuya reserua obra entrega de possession; *l.quisquis, l.siquis argẽtum, §.penult.C.de donation. Molin.dict.cap.2.nu.9.Tell.Hernand.in d.l.17.n.17.& 20.Cast.lib.4.contr.cap.35.n.41.* Num. 48.

Porque auiendose fundado este mayorazgo en virtud de facultad Real, donde expressamente se dà licencia de poderle reuocar, sin embargo de la dicha reserua pudo don Iuan que sobreuiuio à su muger reuocarle de su parte, vt supra late probatum est in secundo fundamento cum *Molina*. Num. 49.

Y no estando renunciado este derecho por los fundadores, llano es auerles quedado facultad de mudar, y alterar el dicho mayorazgo, aunque en el huuiessen interuenido todos los modos de irreuocabilidad introduzidos por la ley, ita *Mier. 1.p.q 23.n.3. Ang.*(plures referens) *tract. de melior. l.2.glos.2.n.1:* Num. 50.

Opo-

Oposicion segunda de don Gonçalo.

Num. 51. ¶ Replica contra esto el dicho don Gonçalo, que si bien el mayorazgo fundado por contrato entreviuos es reuocable, no interuiniẽdo alguno de los dichos requisitos: pero q̃ auiendose hecho por marido, y muger en cõtrato reciproco, y vizisitudinario, q̃ entre ellos constante matrimonio recte fit (aunq̃ sea donacion) *l. quod autem §. si vir, & vxor de donationib. inter, Mãt. de tacit. & ambig conuent. tit. de donat. inter virum, et vxorẽ, lib. 23. tit. 3. nu. 3. l. si vir, de præscriptis verbis, l. Lutius Titius in princ. ad Treb. Velas. cõsul. 83. n. 77*

Num. 52. No se puede reuocar, sino es de consentimiento de entrãbos, porque siendo el pacto firme, nõ potest tantum ex vna parte consistere, *l. Labeo de verbor. signif.* y quedò irreuocable, ex his quæ cõgerit, *Mier. 1. p. q. 23. n. 18. Cast. lib. 2. c. 18. n. 23.*

Respuesta.

Num. 53. ¶ Esta replica tiene menos fundamento, y aunq̃ en ella se detienen sus Abogados, haziendo muchas ponderaciones para induzir que don Iuã Manrique, y su muger en la fundacion deste mayorazgo hizieron vna reciproca conuencion de no le reuocar, eo quod, fundaron el mayorazgo de bienes comunes q̃ estauan proindiuiso, y por partir, y por la reserua reciproca q̃ hizieron del vsufructo de los dichos bienes, y por auer llamado al hijo natural de D. Iuan, y despues del al pariente mas cercano de la dicha doña Ana, cõ graua-

uamen de traer el nombre, armas, y apellido de Mãrique, y finalmente porq̃ pudiendo reuocar el sobreuiuiẽte el mayorazgo, fuera engaño conocido cõtra el q̃ primero murio, q̃ es muy creyble q̃ no le fundara, ni hiziera los dichos llamamientos si entendiera que se auia de reuocar.

Todo esto no induze la conuencion reciproca que pretende el dicho don Gonçalo, y si estas cõgeturas bastaran, todos los mayorazgos fundados por marido, y muger fueran irreuocables sin q̃ ninguno se pudiera alterar, ni mudar, etiã, queriẽdo simul reuocarle marido, y muger, porque despues de perfecto, y fundado irreuocablemẽte, no le puede mudar, ni alterar el mismo fundador, *dict. l. perfecta donatio*, *C. de donationibus quæ submodo*, *Molin. d. c. 2. à n. 3.* cũ plurib. seqq. Num. 53.

Y asi es mas cierto q̃ sin embargo de q̃ el mayorazgo se aya fundado de bienes comunes por marido, y muger queda reuocable, para que entrambos, y cada vno dellos de porsi (etiam siendo muerto el vno) le puedan reuocar vti interminis tenet *Mier. d. q. 23. n. 5.* refiriendo à *Rodrigo Suarez in l. quoniam in prioribus, limitat. 5. nu. 12. Couar. in rubr. de testam. 2. par. n. 7.* idem tenet *Tello in d. l. 17. Taur. n. 13. Aluaro Velasc. consult. 7. Menchac. controuers. lib. 1. c. 12. n. 9.* y reprehẽde à Bologneto, y sus sequazes, q̃ tuuieron por opinion assentada, no poder el que sobreuiuiere reuocar el mayorazgo hecho de bienes comunes. Num. 54.

Y el engaño que se cõsidera de parte de la muger præmortua, no es de importãcia, pues supo, y deuio saber q̃ el mayorazgo es reuocable de su naturaleza, no interuiniendo algunos de los requisitos de la ley, & sibi imputet, no le auer funda- Num. 55.

dado con alguno dellos, mayormẽte q̃ pudo ella ſobreuiuiendo al marido reuocar el mayorazgo con el miſmo daño, vt ſatis apte conſiderat *Mier.d.q.23.n.11.& 12. Aluaro Valaſc. conſult. 7.nu.5.* Y aſsi para que por conuencion reciproca ſe haga irreuocable, es neceſſario q̃ conſte expreſſamente, y no por congeturas tan vulgares q̃ concurrẽ en todos los mayorazgos fundados por marido, y muger, vt perpẽdit ipſe *Mier. ſup.*

Num. 56. La congetura de grauamen de nõbre, y apellido con armas, no haze reciproca conuencion entre marido, y muger para q̃ ſea irreuocable, quando la dicha doña Ana puſo tãbien grauamẽ de traer el apellido de Fajardo, como parece de la fundaciõ, porq̃ le puſo en recõpẽſa del miſmo q̃ ſu marido auia apueſto, mas no para hazer el mayorazgo irreuocable, q̃ eſto nec dictũ, nec auditũ eſt. Y ſi por eſto ſe puede cõſiderar cauſa ho-

Num. 57. neroſa, es reſpecto del llamado, vt in d. *l. hoc iure, §. fin. ff. de dona.* ibi: *Si iuraſſes te nomẽ meũ laturũ non eſſe donationem, quia obrem facta eſt, & res ſecuta eſt.* Y la cauſa honeroſa ſola, no le haze irre-

Num. 58. uocable, y es neceſſario ſe haga con tercero, vt expreſſe cauetur in d. *l. 17.* ibi: *Taur. O el dicho cõtrato ſe huuiere hecho por cauſa honeroſa con otro tercero, ita Bald. in l. præſes, C. de donat.* verſ. *tamẽ bene dico,* quem ſequitur in terminis *Tello Hern. in d.l.17.nu.71. Molin.d.lib.4.c.2.nu.18. Font. de pact. nupt. clauſula 4 gloſ.1.nu.23. Molino d.lib.3. q.6.ex n.25.* cum ſeqq. *Caſt.lib.6.c.119.ex n.1.*

Num. 59. Y menos induze conuencion reciproca de no reuocar el mayorazgo, el auer reſeruado reciprocamente el vſufructo D. Iuan Manrique, y doña Ana Fajardo ſu muger, porq̃ eſto ſolo puede

obrar,

obrar, que pierda el q̃ le reuocò de su parte el vsufructo q̃ huuiere gozado de los bienes del præmortuo, per *legem si pecuniam, ff. de cōd. causa data, & causa non secuta*, vbi diffinitū extat in his contractibus, in quibus datur pœnitentię locus, nihil eum qui à contractu discedit liceri capere ex eo debere, *l. Senatus, ff. de donat. causa mortis*, prout in terminis tenet *Parlador. q. in suis quæstionibus, q. 7. n. 2. legem contrariū*, *resoluit Valasc. d. consult. 7. n. 7.*

Y la *glos. verb.* mortis, *de la lei licet inter pribatos, C. de pactis*, quatenus relata ad legē probat, quod si inter duos fiat pactum, quod super est habeat bona prædefuncti, hęc reciproca promissio iudicit causam honerosam à pacto, vel cōtractu, quam sequitur *Mier. d. q. 23. n. 19.* no prueua el intento de D. Gōçalo, pues quando sea causa honerosa, no basta para hazer irreuocable el mayorazgo, y era necessaria promissiō expressa de no le reuocar, prout tenet ipse *Mier.* sup. Num. 60.

Tanto mas, q̃ aunque reseruatio hæc reciproca, induzga causa honerosa, estando fundado este mayorazgo con facultad Real, q̃ permite poderle reuocar, lo pudo hazer el dicho D. Iuan como lo pudiera tābien hazer doña Ana Fajardo si sobreuiuiera al dicho su marido mediāte la dicha facultad, vt satis apte probat *Mol. d. c. 2. nu. 78.* dōde auiēdo dicho que aunq̃ el mayorazgo se haga por causa honerosa cō tercero, si se hizo cō facultad Real se puede reuocar, inquit: *Et quāuis in maioratu ex causa matrimonij, vel alia causa honerosa instituto rigorē continere videatur, his tamen in cuius fauorē maioratus institutus fuit, de hoc conqueri non poterit ipse cū hoc prospicere debuisset,* Num. 61.

sibiquē

sibique id debere imputare cum virtute eius facultã ts contraxit, quæ maioratus institutori post maiora tũ institutum licentiam, illum reuocandi cõcessit, ergò parimodo imputare debes mulier, q̃ hizo la reserua del vsufructo, cõ la facultad Real q̃ à ella y a su marido les da distributiuemente) vt supra dictum est) licencia de poderle reuocar.

Num. 62. Ni *Mier. nu. 28. dict. quæst. 23.* contradize este intento, quatenus, dize, que si entre marido, y muger huuo pacto expresso de no poder reuocar el mayorazgo, despues de muerta la muger no le puede reuocar el marido, aunque en la fundacion aya auido facultad Real en que se conce de la licencia de poderle reuocar, porque habla en pacto reciproco expresse hecho entre ellos,

Num. 63. ibi: *Quia loquuntur in contractu factorum filio, ob viam maioratus, vel meliorationis non in contractu facto inter maritum, & vxorem de non reuocando maioratum, aut meliorationem.* Porque prout ipse inquit, *num.* 42. en este caso es visto auer renũ-

Num. 64. ciado la licencia de poderle reuocar, como lo pudieron hazer los fundadores, vt in dict. *l. 44. Tauri*, notant *Auendaño, glos. 19. num. 2. Mier. 1. part. q. 38. num. 1. per legem si iudex circumbeto,*

Num. 65. *ff. de minoribus, Moneta in tractatu de commuta. vltimar. volunt. & derogatione fideicommiss. capit. 6. num. 424.*

Tercera oposicion de D. Gonçalo.

Num. 66. ¶ Iterum, replica q̃ el mayorazgo se hizo de bienes comunes estando presentes marido, y muger, y haziendo cada vno los llamamientos con que se dieron poder, y consentimiento el vno al

otro

otro para poderlos hazer, y diſponer de los dichos bienes, llamando don Iuan deſpues de los deſcendientes comunes a ſu hijo natural, cõ permiſsion, y conſentimiento de ſu muger, y ella al pariente ſuyo mas cercano con el de ſu marido, & ita, muerta la dicha doña Ana, quedò irreuocable el mayorazgo, tã quoad bona viri, quam mulieres per *legem nec fratris, C. de donationibus causa mortis, l. ſicut, §. venditionis, ff. quibus modis pig. vel hypoteca ſoluitur*, iuxta ea quæ tradit *Molina dict. lib. 4. cap. 2. num. 84. verſic. ſed hoc limitare ſolet, Burgos de Paz quæſt. 1. num. 15. Angulo ad leges meliorration. in l. 2. gloſ. 2. num. 3. Caſtillo lib. 2. cap. 18. num. 38.*

Reſpueſta.

Quod abſque vllo fundamento dictum putamus cum certum, ac indubitatum ſitque, el mayorazgo que hazen marido, y muger juntos de bienes comunes por donacion entre viuos, ſino interuiene alguno delos requiſitos de la ley, es reuocable, y el que ſobreuiue le puede reuocar, aũ que ayan hecho llamamientos reciprocos de parientes de entrambos, prout ſupra ſatis probatum eſt. Num. 67.

Y ſolo en vn caſo es el mayorazgo irreuocable, ſin que el que ſobreuiue lo pueda reuocar, nempe, quando el marido ſolo le haze de ſus bienes, y de ſu muger con expreſſo, è indiuidual conſentimiento que le dio para hazerle, tunc, muriẽdo el marido queda irreuocable, vt tenet *Rodericus Suarez in dict. l. quoniam in prioribus in declaratione legis Regni limitatione 5. nu. 12.* Num. 68.

& laudati *à Molin.dict.cap.2.nu. 84.* verſ. *ſed hoc limitari ſolet, Anton. Faber lib.3.decada 52. errore 7.* qui hoc admittit, ſi la muger no reuoca el conſentimiento mientras viue, quaſi ſecus ſit, reuocandole, & tunc defiende ſer la diſpoſicion reuocable.

Num. 69. Et iuridice quidem, porque dando conſentimiento para hazer mayorazgo de todos ſus bienes, es viſto auerlos donado al marido para hazer el dicho mayorazgo, at quidem, la donacion entre marido, y muger es reprouada, *l.1.2.& 3.ff.de donationib.inter virum, & vxorem*, y el pacto ſuper hæreditate alterius, no vale ſino es de ſu cõſentimiento con perſeuerãcia haſta la muerte, *l. fin. C. de pactis*, & ita, defiende ſer reuocable el conſentimiento, etiam deſpues de la muerte del marido.

Num. 70. Lo que procede ſin dificultad quando el mayorazgo es de todos los bienes, nam tunc, no vale la donacion ne impediatur teſtandi facultas, & ſic, el conſentimiento para hazerle quando cõ el queda ſin facultad, y bienes de que poder teſtar ſecundum *Bald.in dict.l.nec fratris, Corn.conſ. 159.lib.4. Simon de Pretis de interpretatione, vltim. voluntat.lib. 2. in primo dubio, ſolutione 3. num. 4.*
Num. 71. *additio ad Molinam d.cap.2.num. 84. verſ. idque poſtea.* Donde entiende *la lei nec fratris, de donat. cauſa mort.in l.ſicut, §.venditionis*, ſupra alegadas in rebus particularibus, quando ſe conſiente que otro diſpõga de cierta coſa: pero no de todos los bienes en que ſe entiendẽ todas las doctrinas que los Abogados de don Çonçalo traen a eſte propoſito.

Num. 72. Tanto mas, que la correſpectiuidad que ſe cõſide-

ſidera en los llamamiẽtos del hijo natural de dõ Iuan; y del pariente de doña Ana Fajardo, para que ſe entienda auer conſentido en ellos cada vno reſpecto del vno al otro, y no de otra manera, no haze la materia irreuocable, que es de ſu naturaleza reuocable, y ſolo obra la reuocacion del ſuperſtite, que ſe entienda tambien reuocada la diſpoſicion del premortuo hecha en ſu fauor, ſi alias no la hiziera ſin el llamamiento correſpectiuo, vt eruditè admodum, tenet *Anton. Faber dict. decada 52. errore 4. 5. & 6.*

Y aunque habla en teſtamento, lo miſmo deue ſer en otra qualquiera diſpoſicion de la miſma naturaleza, qual es el cõtrato en que ſe funda mayorazgo, qui vt multoties dictum eſt, habet naturam ſupremi iudicij, y aſsi el mayorazgo fundado por marido, y muger por donacion entre viuos, de los bienes comunes, por ſer dos mayorazgos, aunque correſpectiuos, el ſuperſtite le puede reuocar, y con ſu reuocacion quedara reuocado todo lo que fuere correſpectiuo, y que la muger no lo hiziera, ſi entendiera q̃ el marido reuocara ſu diſpoſiciõ, in actibus enim correſpectiuis poſito, vel deſtruſto, vno alterum quoq̃ poni, vel deſtrui neceſſe eſt, *l. cum te 6. C. de pactis inter emptorẽ, & vendit. l. 1. C. cupreſis, lib. 11.* y en ellos ſe entiende poſita ſub intelectiuamente, clauſula illa (*rebus ſic ſtantibus*) vt in terminis expreſſe tenet *Alexand. in l. cum donationis 34. C. de tranſactionib.* ſequitur *Anton. Faber ſupra errore 4. ad fin.* que parece es indiuidual ſu determinacion, para que lo correſpectiuo no induzga irreuocabilidad en materia que de ſu naturaleza es reuocable. Num. 73.

Opo-

Num.74. ¶ Tamdem, dize que quando por ſer fundado el mayorazgo con facultad Real ſe pueda reuocar en el tercio, y quinto de los bienes de don Iuan Mãrique queſidò irreuocable con la entrega de poſſeſsion que reſulta por la reſerua del vſufruto, pueſto que para eſto expreſſamente dixeron vſauan de la facultad que las leyes les dan, y no de la Real que ſe les auia concedido, y aſsi conforme *la l.27.de Toro*, pudieron poner los grauamenes que quiſieren, y queda irreuocable con la dicha reſerua, *l.17.Tauri.* vt ſupr. cum *Molina in dict.cap.*2. circa principium dictum eſt.

Reſpueſta.

Nu.m.75 ¶ Eſta replica tiene poco fundamento en fauor de don Gonçalo, quinimo della reſulta cõuencimiento claro de la pretenſion del Marques, pues ſiendo cierto como lo es, y lo reconoce don Gonçalo, aſsi en ſus peticiones, è informaciõ en derecho que no vſaron de la facultad Real, quanto al tercio, y quinto de ſus bienes, vt expreſſe dicunt, ibi: *Y vſando de la facultad que las leyes deſtos Reynos nos dan para lo que de ſuſo ſerà contenido, en quanto al tercio, y remanente del quinto de nueſtros bienes, y en lo que excede de lo contenido en eſta eſcritura, del tercio, y remanente del quinto, y en lo q̃ conforme a las leyes deſtos Reynos no podemos hazer, vſando como queremos vſar de la dicha facultad Real.*

Viene a ser llano quedò fundado el dicho mayorozgo, segun la forma, y tenor de la *l. 27. de Toro*, qua stante, despues de los descendientes legitimos han de suceder los naturales, y despues los ascendientes, y transuersales, ibi: *Con tanto q̃ lo hagan entre sus descendientes legitimos, y a falta dellos, que lo puedan hazer entre sus descendientes ilegitimos que ayan derecho de les poder heredar, y à falta de los dichos descendientes, que lo puedan hazer entre sus ascendientes, y à falta de los susodichos puedã hazer las dichas sumissiones entre sus parientes, y à falta de parientes entre los estraños, y que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condiciõ en el dicho tercio.* Num. 76.

Y esta forma de llamamientos en la sucession perpetua se ha de obseruar precisamente, *Tello Hernandez in dict. l. 27. Tauri, num. 12.* ibi: *Ita demum, quod aut facere tenetur, aut grauare non possit, Castill.* pluribus exornans, *lib. 2. cap. 30. & lib. 5. c. 89. à nu. 2. Paz in l. 200. stilli, num. 67. & seqq. & n. 145.* Num. 77.

En tanto que si el fundador prepostera el orden, la misma ley le reduze. y endereza, *Paz de tenut a quaest. 34. ex num. 42. vsque ad 155. & in d. l. 200. stilli, q. 7. n. 1. n. 160. Castillo lib. 5. c. 89. nu. 9.* vbi plures laudat. Num. 78.

De que se infiere, que siendo la familia de la dicha doña Ana diuersa de la de don Iuan Manrique su marido, y extraña della el llamamiento de su pariente mas cercano, respecto del mayorazgo del susodicho, està fuera de orden, y prepostetrado, pues es primero el de los parientes transuersales, que el de los extraños, & sic, don Gonçalo no siendo pariente como no lo es del dicho don Num. 79.

Iuan, no puede suceder en el tercio, y remanente
Num. 80. del quinto de sus bienes.

Y el Marques tiene llamamiento por el testamento, y poder que dio para testar el dicho don Iuan, sin embargo de auer quedado irreuocable el mayorazgo por la reserua del vsufructo, pues con este llamamiento no se altera en nada, sino se reduze a la forma, y disposicion de la ley, como tambien se reduxera el llamamiento del hijo natural, si doña Ana sobreuiuiera a su marido, porque entonces sucedieran primero sus parientes transuersales, prefiriendose al hijo natural, *ex dict. l. 27. Tauri.*

Num. 81. Y dezir que este mayorazgo de trecio, y remanente de quinto, se hizo tambien en virtud de la facultad Real, quanto al llamamiento de los trãsuersales, de que quisieron vsar, pues dizen que en lo que conforme las leyes del Reyno no puedẽ hazer, vsando de la dicha facultad, por la qual no tiene duda, que pudieron llamar a los parientes de la dicha doña Ana, secundum *Molinam libro 2. cap. 11. à num. 1.* cum sequent. *Castillo tom. 2. c. 82. n. 45. & tom. 6. c. 145. n. 31.*

Num. 82. Es reconocer que se pudo alterar, y mudar el dicho llamamiento, dando como dà la facultad licencia de poderlo hazer en vida, ò en muerte, no auiendo renunciado este derecho, como se verà, no se renunciò, y en caso de duda, nunca se ha de entender renunciado, vt dicit *Molina dict. ca. 2. num. 79. Mieres de maiorat. 1. part. quæst. 38.* per totam.

Num. 83. Mayormente, que lo que resulta de las palabras de la fundacion, es no querer valerse de la facultad, quanto al tercio, y remanente del quito, sino

ſino del remedio de las leyes del Reyno, y en lo que excede el mayorazgo del dicho tercio, y remanente del quinto, y en lo que conforme a las leyes deſtos Reynos no pueden hazer, vſan della, y ſiendo llano, que lo que no pueden hazer conforme las leyes del Reyno, es no poder grauar à los hijos con vinculo de mayorazgo ſus legitimas, *l. quoniam in prioribus, C. de inofficioſo teſtam. dict. l. 27. & 44. Tauri*, el vſar de la facultad, es quãto eſto, y no para poder en el tercio, y remanente hazer llamamientos contra la forma de las dichas leyes, cuyo priuilegio principal es, poder grauar el tercio de los bienes con vinculo de mayorazgo en fauor de los deſcendientes, y por el orden en ella preſcripto.

Y negarle a don Iayme el parenteſco, demas de ſer derecho de tercero, de que no ſe puede valer don Gonçalo por ſer reo, y poſſeedor el dicho don Iayme, *per legem fin. C. de rei vindicat.* late *Theſaur. deciſ. 4.* per totam, y eſtar ſu poſſeſsion titulada con la carta executoria de tenuta, donde ſe le mandò dar la poſſeſsion del mayorazgo de don Iuan, como deudo, y pariente ſuyo, no tiene fundamento. Num. 84.

Deſte parenteſco conſta por declaracion del miſma don Iuan, que llama al hijo ſegundo de la caſa de Naxera, de donde el deciende, y dà poder al Duque don Eſteuan ſu ſobrino, para que pueda teſtar por el, y ſiendo pariente no tiene neceſſidad de prouar es el mas propinquo, quando la ley no neceſsita à le llamar, y dà facultad al fundador que pueda entre ſus pariẽtes llamar al que quiſiere, como entre los deſcendientes, pues el padre teniendo hijos, puede hazer la mejora en Num. 85.

los

los nietos, vt tenet *Tello Hernandez in dict. l. 27. Tauri, n. 4. Castilo d. c. 98. n. 4.*

Num. 86. Con que se excluye la nueua pretension de D. Gonçalo, quatenus, dize es pariente del dicho don Iuan, y que su llamamiento es segun el orden de la misma ley, porque deste parentesco no no consta, ni dello ay prouança, como adelante se prouara.

Num. 87. Tùm etiam, porque quando (caso negado) fuera de la familia, auiendose hecho el dicho llamamiento como don Gonçalo quiere, conforme la facultad Real, se pudo reuocar de la manera que el dicho don Iuan le reuocò por su testamento, llamando al hijo segundo de la Casa de Naxera, en que se comprehende don Iayme, como si por su mismo nombre huuiera sido llamado, vt in *l. 2. Titius, ff. de liberis, & post. l. 3. tit. 7. part. 6.* pues no està renunciado el derecho de poderle reuocar, vt supra firmatum est.

Num. 88. Y dezir que la *ley 27. de Toro* no comprehende el mayorazgo hecho por marido, y muger, y que solo procede en la donacion hecha en fauor del hijo por el padre, ò la madre, es diuinare, & restringere nimis, su determinacion que generalmente determina, que queriendo los padres mejorar alguno de sus hijos en el tercio de sus bienes, y grauarle con carga perpetua de mayorazgo, ha de ser por el orden, y forma que la ley lo dispone, y no de otra manera, ibi: *Y que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condicion en el dicho tercio, & l. generaliter loquens generaliter debet intelligi, l. 1. §. generaliter, ff. de leg. praest.*

Num. 89. Auer puesto el exemplo alternatiuamente en el padre, ò la madre, fue por ser mas frequente hazerse

zerse separadamente las mejoras, pero no se sigue que haziendola juntos no esté obligados à guardar su determinacion, que por ser general comprehende tambien este caso, en que ay la misma razon: nempe, ser el tercio legitima que no se podia grauar, y dà la ley facultad de poderlo hazer, con tanto que sea por aquel orden, y no de otra manera, y auiendo la misma razon, debet esse eadem dispositio, quia in duobus casibus equiparatis, si lex in vno disponat, vtrumque comprehendere censetur, *gloss. in l. siquis seruo, C. de furtis, Alexand. in l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad legem Falcidiam, Tello Hernandez in l. 3. Tauri, nu. 16. & in l. 4. n. 22.*

Y sino veamos si abstrayda la determinacion de la *ley 27. de Toro*, pudieran los padres juntos grauar a su hijo en el tercio de sus bienes en fauor de sus parientes, y estraños, y en este caso, nulli dubium, que no pudieran los padres grauar en el tercio a su hijo en fauor del nieto, ni otros descendientes no nacidos, y menos en fauor de parientes, y estraños, porque el tercio era legitima, y aunque se podia prelegar à vno de los hijos el grauamen, auia de ser en fauor de los que erã nacidos, y ocupauan el primer lugar, y no en los que no lo eran, ni le ocupauan, porque estos se reputauan poa estraños, vt singulariter dicit *Segura in l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulgar. n. 29 & in l. cũ ex familia, §. sed si fundum, num. 52.* & sequent. *ff. de leg. 2. Palatius Rubeus in l. 18. Tauri, numer. 2.* ibi: *Quod tamen intelligebant antiqui de tertia parte reputãtes eam legitimum filiorum respectu extraneorum, & respectu ipsius nepotis quem reputabant extraneum viuo patre.* Num. 90.

Num. 91. Et ideò, se tiene por ley nueua *la 27. de Toro*, q̃ concedio licencia a los padres de dexar el tercio, no solo a los hijos, sino a los nietos, aunque se hallen precedidos de sus padres, y ponerles grauamen perpetuo de mayorazgo en fauor de los descendientes no nacidos, y de los parientes estraños, vt tradunt *Palatius Rubeus in dict. l. 18. Antonius* Gomez, ibi, *num. 1. Tello Hernãdez in d. l. 27. num. 3.* vbi dicit esse legem nouam, & singularē, *Mieres de maioratu in principio, secundæ partis, q. 6. num. 11. Matienço l. 2. tit. 3. lib. 5. Recopilat. gloss. 3. num. 2.*

Num. 92. Vnde plane infertur, que si don Gonçalo quiere que esta ley no hable en el caso que marido, y muger mejoran juntos algun hijo, no le podran grauar con vinculo de mayorazgo en fauor de los nietos, y descendientes vlteriores, ni en fauor de extraños, quando antes della no lo podian hazer, por ser el tercio legitima de los hijos, en que los nietos, y los demas no nacidos no tenian derecho de suceder, y se reputauan como estraños, vt dicit *Segura dict. l. cohæredis, §. cum filiæ, vt in l. siquis, §. 1. ff. si tabulæ testament. nulle extra, l. item prætor, 8. ff. de suis, & leg. hæred. l. 1. §. post suos eodē tit.* & ita, para que el mayorazgo valga, es preciso valerse de la determinacion desta ley, que nueuamente determinò, q̃ pudiessen los padres mejorar a vno de sus hijos, ò nietos en el tercio, grauandosele con carga perpetua de mayorazgo, cō tanto que sea por el orden que dispone, y consequentemente deuieron llamar despues de los descendientes, y ascendientes, los parientes trãsuersales, antes q̃ a los estraños quãdo cō esta calidad, y no de otaa manera lo dispensa, y determina.

Y no

Y no importa ser indiuiduo el mayorazgo, ni poder suceder dos juntamente, porque en llegando a faltar la comun generacion, como los fundadores son dos, se diuiden, y cada vno delos mayorazgos guardarà en si la indiuiduydad, sucediendo el pariente mas cercano de doña Ana en la parte de sus bienes, y el que es llamado por el testamento del dicho don Iuan, vt alias tenet *Gregorius in l. 2. titulo 15. part. 2.* verbo, *el mas propinquo pariente, versic. sed pone*, y à otro proposito lo dize la adicion de Molina *dict. cap. 2. numero 84. versiculo, ampliatur secundo*, y supra queda fundado. Num. 93.

Itaque, en el tercio de los bienes de don Iuan Manrique, no puede suceder don Gonçalo, por no le auer podido preferir, ni llamar primero q̃ à sus parientes, como tampoco doña Ana en el suyo pudo llamar al hijo natural de su marido, y faltando, como falta facultad, todo lo que se dize cerca desto por los Abogados de don Gonçala, es ocioso, y extra rem, no necessita de mas respuesta. Num. 94.

El remanente del quinto no se puede apartar del tercio, aunque en el se pudiera llamar à estraños, porque siendo el mayorazgo vno, è indiuiduo, por auer querido los fundadores que se conseruen sus bienes juntos, sin se poder partir, ni diuidir por esta vniõ el tercio, como parte mas digna trae assi el quinto, & ita, quien sucede en el tercio, iure maioratus, sucede tambiẽ en el quinto, vt satis apte defendit *Castillo lib. 5 cap. 100. à num. 13.* cum sequentibus, vbi hanc exornat conclusionem. De manera, que aunque dõ Gonçalo fuera pariente de don Iuan Manrique de Lara, no podia Num. 95.

dia suceder en su mayorazgo, ni en el tercio, y quinto del.

Num. 96. Nec dicatur, que el dicho parentesco se prueua por la partida del inuentario de los bienes del dicho don Iean, donde se enuncia auerse inuentariado cierta dispensacion de su Santidad para casarse con la dicha doña Ana, porque las palabras enunciatiuas, regulariter non probant, vt in l. his verbis de testamento militis cum similibus, tùm etiam, porque no constando, como no constò de la dispensacion de su Santidad, referida en el inuentario, no prueua el referente, maximè, in hisque non dependunt à voluntate parcium, vt in leg. in testamento, la primera, ff. de condition. & demonstration. authentica siquis in aliquo documento, C. de edendo, Petrus Surdus cons. 419. nu. 1. lib. 3. Gratian. plures referens, lib. 3. discept. c. 501. n. 16.

Num. 97. Y la dispensacion que en esta instancia ha presentado don Gonçalo, no es de su Santidad, ni de la que haze relacion el inuentario, sino del Nuncio de España, y siendo como es diferente, y contraria de la que refiere el inuentario, ni a el, ni a la dicha dispensacion se deue dar fee, ni credito, vt in l. scripturæ, C. de fide instrum. c. imputari eodem titulo.

Num. 98. Y aunque estos textos hablan en escrituras cõtrarias, presentadas por vna misma parte, y don Gonçalo dize, que no presentò el inuentario, es llano pidio en el Concejo se exhibiessen en poder del escriuano de Camara todos los papeles tocantes al mayorazgo de san Leonardo, que estauan en poder del Conde de la Moncloua, heredero de la Condesa de Valencia, vltima posseedo

ra

ra deste mayorazgo, como en efecto se exhibieron, y entre ellos el dicho inuentario, excepto la dispensacion, porque entonces, ni se exhibio, ni estaua con los demas papeles, & eo ipso, que de pedimiento de don Gonçalo se exhibio el dicho inuentario, fue visto prouarle, como si le presentara, vt post Menoch. Petrum Surd. ex alios tenet ex Couar. de ratiocin. administr. cap. 10. num. 27. cum seqq. vbi id late fundat, y siendo lo contenido en el inuentario que refiere dispensacion de su Santidad, contrario de la que presenta don Gõçalo, que suena ser del Nuncio a ninguna de las dos escrituras se deue dar fee, ni credito.

Idque maximè, porque don Iayme manuel tiene redarguyda de falsa la dispensacion, y Buleto del Nuncio, y si bien don Gonçalo pretende, que quando se notificò el traslado à Francisco de Sosibas no le redarguyò de falso, sino que la redarguycion la hizo muchos dias despues, y la puso con antedata, vt cumque sit, por peticion que despues se presentò: por parte de don Iayme se redarguyò de falsa en forma, y assi no la auiendo comprouado don Gonçalo, no haze fee ni prueua, vt in l. 115. tit. 18. partit. 3. sin que importe el dezir, que por ser antigua la dicha dispensacion no necessita de comprouarla quien la ha presentado, ex Gregor. Lopez in dict. l. 115. gloss. 6. Couar. pract. cap. 21. n. 6. Num. 99.

Porq̃ esta limitacion se entiende, y ha lugar en caso q̃ se presenta traslado de vna escritura otorgada ante escriuano, en cuya saca faltò alguna solemnidad, mas no en escritura que no ha passado ante escriuano, como fue la dicha dispensacion del Nuncio, que no la auiendo comprouado, aun Num. 100.

q̃ sea mas antigua no haze fee, ni prueua, vt per Couarr. vbi supra num. 7. primus etenim constituitur: *Quoties reperitur exemplum antiquum non tamen constat an fuerit tabelio, qui id ex originale traducit, nec constant alias solemnitatis, nec denuntiatur in ipso exemplo, quod fuerit tabelio, qui scripsit ex profecto non video quid in hoc casu admitenda cō munis opinio, nec est adhibenda huic exemplo fides antiquitas equidem potest coadiuuare eam probotionemque aliqua est non vero inducere in totum pro-*

Num. 101. *bationem, quæ nulla est titulo.*

Y pues esta que llaman dispensacion, no es instrumento de los que hablò Couarr. no se aplica la limitacion, como el lo aduierte.

Num. 102. Nec dicatur, que auiendose sacado del archiuo donde estauan los papeles de la casa, y estado de san Leonardo, la dicha dispensacion no necessita de otra comprobaciō para que dexe de darse la fe, y credito, authentica ad hæc, C. de fide instrument. & in cap. Audientiam de prescriptionibus.

Num. 103. Porque a esta dificultad responde el mismo hecho, y lo que se assentò en los Estrados, de que esta dispensacion, si bien se traxo con prouision de esta Audiencia, no fue sacandola de archiuo publico, ni aun particular, sino requiriendo con ella à vn criado que dixo ser del Conde de la Mócloua, y tener en su poder los papeles de la casa de san Leonardo, y dize, que fue à vn escritorio adō de estauan, y hallò en el la dicha dispensacion, y la entregò, con lo qual dezir que se sacò de archiuo publico, no tiene fundamento.

Num. 104. Quin imo, esta diligencia parece afectada para dar color al que huuiesse auido tal dispensaciō

quan-

quando vemos que don Gonçalo en el pleyto de tenuta pidio al Consejo diesse prouision para que de poder del Conde de la Moncloua se truxessen todos los papeles que estauan en su poder, como heredero de la Condesa de Valencia, tocantes à la casa de san Leonardo, que en efecto se truxerõ en virtud de la Real prouision todos los que auia, y entre ellos no se hallò, ni parecio entonces esta dispensacion, ni en la instancia de vista, tampoco parecio, que es argumento claro de esta suposicion, ex text. in l. si fore, ff. de penis, ibi: *Rectam magnam non debuit tandiu reticeri*, y no auer parecido, ni lleuadose con los demas papeles, no es cõ patible con auerse hallado en archiuo, no auiendo auido otro mas del del criado, con que se hizo esta negociacion.

Lo tercero, porque siendo ansi, que don Gonçalo que presentò esta dispensacion la auia de cõprouar, vt in dict. l. 115. no solo no lo ha hecho, antes de que sea falsa ay muchas, y muy vrgentes congeturas. Prima coniectura falsitatis est, que cõ auerse seguido este pleyto por D. Gõçalo en el Consejo en el juyzio de la tenuta, y en esta Audiencia en el de la propiedad, ha aguardado a presentarla en esta vltima instancia, & ex tarditate productionis instrumẽti indicatur falsitas, vt probet Aymon cons. 28. num. 6. & cons. 75. num. 9. & post alios, Farinat. de falsitate quæst. 153. nu. 128. Mascard. de probationib. conclusione 740. num. 17. Num. 105.

Secũda præsumptio falsitatis (sino es euidẽcia de ella) oritur ex eo, porq̃ haziẽdose relaciõ en la dicha dispensacion de que don Iuan Manrique, y D. Ana erã pariẽtes en tercero, y en quarto grado Num. 106.

de

de conſanguinidad, y parece las diſpenſa el Nuncio de ſu Santidad, ſiendo anſi, que ſolo el Papa puede diſpenſar para contraer matrimonio el imdedimento de cōſanguinidad, vt in cap. inferior diſt. 21. Clementina in Romani dilectione, & ex pluribus probat Thomas Sanchez de matrimonio lib. 8. de diſpenſationibus diſp. 6. numer. 14. Iuan Gutier. in tractatu de matrimonio c. 122. n. 2. vbi reſoluunt non poſſe legatum à latere diſpēſare ſupoſitio impedimento modo conſanguinitatis, vt videre eſt, per Thomas Sanchez vbi ſupra num. 15.

Num. 107. Vndè, no ſiendo la dicha diſpenſacion de ſu Sātidad, ſino de ſu Nuncio, es argumento llano de la dicha falſedad, quia falſitatis ſuſpitio inducitur quando inſtrumentum non continet veriſimilia, Abbas conſ. 90. in fine, lib. 2. Maſcard. plures allegans dicta concluſione 740. numero 35. Maximè, que en todas las alegaciones, y peticiones que ha preſentado don Gonçalo en eſte pleyto ſiempre ha dicho que huuo diſpenſacion de ſu Santidad, ſin hazer mencion del Nuncio en ninguna dellas.

Num. 108. Tertia præſumptio oritur exeo ſilicet, porque quando la dicha diſpenſacion fuera de ſu Santidad, ſiempre que diſpenſa en ſemejantes caſos, comete la aueriguacion de la narratiua al Ordinario, ò ſu Vicario general para que aueriguandola diſpenſe en el grado de q̃ ſe le pide la diſpenſacion, vt agnouit, Gutierrez vbi ſupra num. 14. Y es eſtilo ordinario de la Curia Romana en que no ſe puede poner duda (como ni tampoco la ay) en que el inſtrumento en que ay alguna clauſula inſolita, ſea ſoſpechoſo de falſo, vt per Maſcard. vbi

vbi proximè,num.37.plures allegans, y si la clausula insolita, haze presuncion euidente de la falsedad del instrumento aforciori, la harà el instrumento,que es todo lo que cōtiene insolito, cum idem ius sit de toto quo ad totū,quod est de parte, quo ad partē,vt in l.qui de tota,ff.de rei vindicatione.

Y si es verdad,quod in ciuilibus suspitio falsitatis pro falsitate habetur, vt per Archid. in cap. in memoriam,19 dist.communiter approbatus, vt per Curtium cons. 132. nu.10. & cons.66.nu.6. quando ay tantas congeturas, ò euidencias de la falsedad de la dicha dispensacion, mas llano serà no deuerla dar fee, ni credito, y mas no estando enunciada la dicha dispensacion, ni parentesco en tantas escrituras como otorgò don Iuan Manrique en fauor de doña Ana Fajardo su muger, antes,y despues de contraydo el dicho matrimonio. Num. 110.

Nec aliquid probant,las historias que ha presentado don Gonçalo para prouar el dicho parētesco, porque vltra de que para que se de fee, y credito a los libros antiguos,y historias,se requiere,quod ab antiquo talibus libris, vel historijs adhibita fuit fides,alioquim nulla eis fides adhibetur,vt per Felinum in cap.inter dilectos, colum. 8.de fide instrum.idem Felinus,& ca.6. Abbas l. de probatio.Bart.in l.1. ff.si certum petatur,y esta calidad de que se ha dado fee a los libros de historias, de que se han compulsado los capitulos que ha presendado don Gonçalo, ni està articulada,ni prouada,ni consta del pleyto,por lo que dizen los mismos Autores se conuence la poca fee, y credito que se les deue dar: pues afirman q̄ don Num. 111.

Iuan Manrique de Lara fundador deste mayorazgo, fue hermano del Duque don Esteuan, siendo ansi que en el poder para testar que el dicho don Iuan dio al Duque don Esteuan, le llama mi sobrino, y primo, y señor de sus hijos, y le pide acete la curaduria dellos, como señor de su casa, es llano que no era hermano, sino tio del dicho Duque don Esteuan Manrique, y pues en esta parte faltan las Historias en la realidad del caso, y se cõtradizen con la confessión que haze el dicho don Iuan Manrique, consequens est, que en nada se les puede dar fee, ni credito, quia falsus in vno, in nullo credatur, Inocenc. in cap. fraternitatis, de hæretic. & post Bald. & alios, tenet Aym. cons. 9. nu. 10. 1. part. Y si a todos los Historiadores de que se vale don Gonçalo los huuiera presentado por testigos en este pleyto, y huuieran dicho sus dichos, y deposiciones sin juramento, no se les auia de dar fee, ni credito, vt in cap. nuper 51. de testibus cum similibus, afortiori, no se les deue dar quando lo que afirman no lo jurarõ, ni depusieron como testigos.

Num. 112. Vndeque enim constat, no tener prouado el parentesco con don Iuan Manrique de Lara don Gonçalo, ac per consequens, no poder hazer en ello fundamento.

Num. 113. Idquè maximè, porque competiendo con el Marques que es hijo segundo de la casa de Naxera, y deudo tan cercano del dicho don Iuan Manrique fundador del dicho mayorazgo, y que tiene llamamiento expresso, necessitaua don Gonçalo de probar el parentesco con distinciõ de grados, vt in cap. licet ex quadam, de testibus, ibi: *Personas expræsse nominibus, vel demonstratione, vel sit*

cum

cum locutione sufficienti designent, & ab vtroque latere, segun los grados, clara computatione distinguant.

Y pues don Gançalo no ha presentado testigo alguno que deponga del dicho parentesco, no solo con las calidades que requiere el capitulo licet ex quadam, pero ni de otra manera querer hazer fundamento en el dicho parentesco, no parece q̃ le tiene. Num. 114.

Segundo Articulo.

¶ Siendo como es cierto que el mayorazgo fundado por don Iuan Manrique quedò reuocable, y que el llamamiento del pariente mas cercano de doña Ana Fajardo quedò reuocado en quãto los bienes del dicho don Iuan, para que no pudiesse suceder en ellos: pretende don Gonçalo Fajardo que se hã de adjudicar al mayorazgo de doña Ana Fajardo algunas partidas, como es la dote que lleuò al matrimonio, las arras que le mandò don Iuan, y donacion que otorgò en su fauor, y lo demas que le adjudica la sentencia de vista, y de que adelante se hara mencion. Y en quanto lo adjudicado por ella al dicho don Gonçalo, pretende el Marques que se ha de enmendar la sentẽcia de vista. Num. 115.

Capitulo primero de la dote.

¶ La sentencia de vista adjudica al mayorazgo de doña Ana Fajardo nueue mil ducados que don Iuan Manrique confesso por escritura publica auer recibido en dote con la dicha doña Ana Fajardo, y en razon del recibo renuncia la ex- Num. 116.

excepcion de la non numerata pecunia,sin que el escriuano dè fee de la pagà.

Num. 117. Lo que se pondera por parte del Marques para excluyr esta pretension es,qu esta escritura con otras de que se vale don Gonçalo,no està presentada en el pleyto,y assi ha pedido el Marques que se repela del, ò que las presente don Gonçalo,y mientras no huuiere presentacion della, no se puede valer,ni aprouechar de la dicha escritura, vt in l.1.tit.2.lib.4.Recop.ibi: *Y que sino presentare las escrituras, no goze dellas, ni le sean recibidas despues:* con lo qual no tiene escritura,ni prouança de que la dicha doña Ana aya lleuado en dote los dichos nueue mil ducados:y este fundamento ni se alegò,ni aduirtio en la instancia de vista,por que se fue en ella con lectura de que don Gonçalo auia presentado esta,y las demas escrituras.

Num. 118. Y quando se huuiera presentado esta escritura adhuc,no prueua el intento de don Gonçalo,por que como della consta,la otorgo don Iuan Manrique ante contractum matrimonium, & in hoc casu,in dubio, præsumitur fecisse spe futura numerationis,l.fin.cum auth.sequuti, C.dote cauta non numerata,& adhuc,no prueua la verdadera recepcion de la dicha dote, Valasc. consult.5. num.5.

Num. 119. Idque maximè, porque quando el marido dà carta de pago de la dote ante contractum matrimonium,renunciando la paga,y no dando fee della el escriuano, & constat quod animo donandi fecit talem confessionem in hoc casu confessio, nihil valet,vt in l.1. vers. *an vero donandi animo iuncto*,vers.*posteriori autẽ casu*,C.de donationib.

ante

ante nuptias, & post Ginum, Alciatum, & alios te net Velasco d. consultat. 5. n. 4.

Y que la dicha confession dotis receptæ que Num. 120.
hizo don Iuan Manrique aya sido animo donandi, consta con euidencia, pues el mismo dia la prometio ocho mil ducados de arras, y la hizo donacion de veynte mil ducados, y de las vidas del oficio de Ensayador de la casa de la moneda de Seuilla. De manera, que de lo que tenia, y no tenia la hizo donacion, y ansi la confession doctis receptę, hecha ante contractum matrimonium, fue hecho con animo de donar: pues se hizo la carta de pago, y confession en el mismo dia que las donaciones, y ante vn mismo escriuano, y vnos mismos testigos, y ansi se ha de juzgar por vn mismo contracto, argum. in l. petens, C. de pactis exequent. Bald. in l. penult. §. mulier, ff. soluto matrimonio.

Et quia multiplicatio instrumentorum auget Num. 121.
præsumptionem simulationis, Corneus cons. 23. ad finem, lib. 3. & ex pluribus probat Rodr. de annuis reditib. lib. 2. q. 3. n. 54.

Y pues don Iuan hizo tantas escrituras, y do- Num. 122.
naciones en fauor de doña Ana Fajardo: de creer es, que la de la dote confessada fue animo donandi.

Capitulo segundo de las arras.

¶ Llano es que no puede el marido prome- Num. 123.
ter en arras a su esposa, mas que la decima parte de los bienes que tiene al tiempo del casamiento, vt in *l. 50. Tauri*, expresse cabetur, y por esso el dicho don Iuan en la escritura de capitulaciones

matimoniales entra reconociendo para que la dicha promesa valga, tenia entonces ochenta mil ducados de bienes, ibi: *Los quales dichos ocho mil ducados, digo otorgo, son el diezmo de los bienes que al present e tengo, è posseo, conforme a lo qual, y a lo dispuesto por derecho, y leyes de estos Reynos lo puedo dar, è prometer, porque los dichos mis bienes que tengo al presente valen, è montan ochenta mil ducados, de que viene al diezmo los dichos ocho mil*, y para prueua de lo susodicho, don Gonçalo ha presentado las dichas capitulaciones matrimoniales en este pleyto.

Num. 124. Si las arras caben, ò no en la decima parte de los bienes de quien las promete, es disputada question entre los Doctores del Reyno, quien lo deue prouar, porque vnos dizen, que la muger, ò sus herederon pidiendo las arras, deuen prouar q̃ al tiempo de la promesa cabian en la decima parte de los bienes del marido, sin embargo que por la escritura de promesa, y capitulacion aya confessado caber, vt in expresso tenet *gloss. in l. si vero, §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisdare cogantur, & in l. cum de lege, ff. de probationibus*, eo quod petant quantitatem arrarumque non potest, eis competere nisi intra decimam bonorum mariti sit lege prohibente, y asi siendo fundamento de su intencion el que quepan, porque alias les resiste la ley lo deuen prouar, *Suarez in l. 1. num. 15. tit. 2. de las arras lib. 3 fori, Anton. Gomez in dict. l. 50. Tauri n. 13. Matienço in l. 2. tit. 1. lib. 5. Recopilat. gloss. 2. num, 9.* & dicit receptam, *Couarr. lib. 2. variar. c. 67.*

Num. 125. Ali vero dicuntque el heredero del marido que niega caber las arras en la decima parte de sus

sus bienes, ha de prouar el excesso, aliàs, la muger, y su heredero fundan en la promessa, mientras no se prueua lo contrario, y traen por texto formal desta opinion *la ley cum de lege de probationib.* donde si el heredero pretende sacar la quarta falcidia de los legados por dezir consumen la herencia, lo ha de prouar, porque si a los legatarios les assiste el testamento en que se fundan, vti expressè tenent *Baeça de non meliorandis filia, c. 36. Ayora de partitionibus, 1. part. cap. 7. num. 27. & sequent. Gutierrez lib. 3 practicarum, quaest. 40. num 45. & de iurament. confirmat. 1. part. cap. 1. n. 23.* & magis veram dicit *Sanchez de matrimonio lib. 6. disput. 35. n. 4.*

Estas opiniones se componen con vna distincion, ò la muger possee las arras, y el heredero del marido niega auer cabido en la decima parte de los bienes, y entonces el lo ha de prouar, porque a la muger le basta la promessa, y possession en que està, y ser rea, ex vulgari regula actore nõ probante reus ab si videbet, *l. fin. C. de rei vin dic.* ò ella es la que pide se le paguen, y entonces necessita de prouar que cupieron, sic tenent *Azeuedus in l. 2. tit. 2. lib. 5. Recopilat. n. 19. Mier. de maioratu, 1. p. q. 52. n. 13. & 17.* Num. 126.

Y la razon es, porque el fauor que la ley concedio al marido no es renunciable, *dict. l. 2.* ibi: *No se pueda renunciar, y si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde, y execute*, y pone pena de priuacion al escriuano que hiziere escritura con semejante renunciacion, y assi aunq̃ el marido confiesse caber en la decima parte de sus bienes las arras, por ser esta confession en fraude de la prohibicion de la ley, Num. 127.

ley, negando el heredero auer cabido, no le perjudica, *l. qui testamentum, ff. de probatio. l. si quis decedens. §. codicillis, & §. Titia de leg. 3.* vbi passim Doctores.

Num. 128. De estas opiniones qualquiera que se elija tiene intento el Marques en su pretension, porque si se admite la que concluye que el marido, y su heredero han de prouar el excesso, alias, funda la muger en la promessa, y confession que haze el marido de que caben, se sigue por consequencia llana auer lleuado don Iuan al matrimonio ochenta mil ducados, los quales se han de hazer buenos à su capital, para que pague los ocho mil de arras, como se dira en el articulo siguiente.

Num. 129. Si se elige la opinion contraria de que aya de prouar la muger auer cabido en la decima parte de los bienes que su marido tenia quando se casò: don Gonçalo no puede auer ocho mil ducados por las arras, ni cosa alguna, pues no tiene verificado el valor de los bienes, y consiguientemente que ayan cabido en la decima parte de los bienes del dicho don Iuan, *ex dict. l. 50. Tauri, l. 2. tit. 1. lib. 5. Recopilat.* y assi, ò no se le han de dar las arras, y si se le dan, ha de auer don Iayme por bienes del mayorazgo de don Iuan setenta y dos mil ducados de capital, sin otras pretensiones, de quibus in articulo sequenti.

Num. 130. Viendose dõ Gonçalo Fajardo oprimido cõ la fuerça de esta verdad, ha querido en la reuista deste pleyto variar la defensa que hasta aora ha hecho en el, porque dize, que la promessa de los ocho mil ducados de las arras que hizo don Iuan Manrique en fauor de la dicha doña Ana, no fue promessa de arras, sino donacion remuneratoria,

como

como la de los veynte mil ducados, y los demas que don Iuã hizo en fauor de la dicha doña Ana, y que estos se han de sustentar por la desigualdad de las edades.

Porque dexado a parte la respuesta que se darà a la pretension que don Gonçalo tiene, de que la dicha donacion fue valida. Lo que aora se aduierte es, que lo que alegò su Abogado de palabra en los estrados, es totalmente repugnante à lo que tiene alegado don Gonçalo en todas las peticiones que ha presentado en este pleyto, que son muchas, y en la de la primera demanda que puso en esta Real Audiencia, confiessa que el dicho don Iuan mandò los dichos ocho mil ducados en arras a la dicha doña Ana Fajardo: y esta confession hecha en las peticiones, y demandas que puso don Gonçalo, le perjudica plenamente, vt in l. precum, C. de liberali causa, y auiendo pedido por via de arras los dichos ocho mil ducados: dezir agora que se mandarõ por via de donacion remuneratoria, es alegar cosas contrarias, & allegãs contraria non est audiendus, vt est vulgare. Num. 131.

Mayormente quando vemos que dõ Iuan Mãrique dize en la dicha escritura, que por via de arras propter nupcias por su virginidad manda a la dicha doña Ana ocho mil ducados que confiessa caber en la decima parte de sus bienes, y ansi no se puede poner duda que la promessa fuesse de arras, quia cum in verbis, non est ambiguitas non debet admiti voluntatis quæstio, vt in l. ille, aut ille, ff. de leg. 3. y auiẽdo sido la promessa de arras, procede legitimamente lo que queda fundado en este capitulo. Num. 132.

Capitulo tercero, de la donacion de los veynte mil ducados.

Num. 133. ¶ Don Gonçalo pretende que se han de adjudicar al mayorazgo de doña Ana Fajardo veynte mil ducados, de que don Iuan Manrique la hizo donacion el mismo dia que casò con ella, por ser desde entonces capital suyo, y averlo lleuado al matrimonio.

Num. 134. El Marques dize, que esta donacion fue nula, por auerse hecho en contemplacion del matrimonio que trataua de efectuar cõ la dicha doña Ana, y conferido su valor, y existencia para quando el matrimonio se efectuasse, porque sin el no le hiziera la dicha donacion, como claramente se colige de la capitulacion, ibi: *Digo, que por quãto si Dios nuestro Señor fuere seruido, està concertado, è assentado de que yo me despose por palabras de presente, que hagan verdadero matrimonio, e me case, è vele segun orden de la santa Madre Iglesia Romana con la ilustrissima señora doña Ana Fajardo*, & statim, dize que si la dicha D. Ana muriere sin tener hijos, reserua en si los dichos veynte mil ducados, ibi: *La qual hago, con tanto, que si lo que dios no quiera muriere la dicha señora doña Ana Fajardo durante mis dias, è vida sin yo auer en ella algun hijo, ò hijos, ò hija, ò hijas de este dicho matrimonio, y no huuiessemos ella, ni yo dispuesto del dicho officio, ni de los dichos veynte mil ducados, ni de lo procedido de ello, ò sobreuiniesse otro impedimẽto, ò titulo justo por donde la dicha señora doña Ana Fajardo no pudiesse libre, è juridicamente disponer dello, que en tal caso yo reseruo en mi de poder vsar, è disponer de los di-*

chos veynte mil ducados, è del dicho oficio, como yo quisiere, è por bien tuuiere, como si nunca huuiera hecho, ni otorgado la dicha donacion.

De estas palabras bien se percibe que la donacion no fue absoluta, sino respectiua al matrimonio, y conferida en el tiempo que tuuiesse efecto, pues quiere que no teniendo hijos, y auiendo otro impedimento, ò titulo justo por donde no pueda disponer libre, è juridicamente, sea la donacion nula, en que se comprehende no llegar à tener efecto el matrimonio, pues auiendole surtido, no podia auer impedimento para dexar de disponer juridicamente valiendo la dicha donaciõ, si ya no por impedimento de hecho dexasse de disponer. Num. 135.

Vnde siendo asi que esta donacion se hizo ante matrimonium, y tã proximo à el que estaua tratado, y efectuado, de manera que se celebrò el mismo dia, confiriendo su existencia, al tiempo del dicho matrimonio fue nula, como si ya estuuiera celebrado, y consumado, text est elegans, in *l. quod sponse 4. C. de donationibus ante nuptias,* ibi: *Quod sponse ea lege donatur, vt tunc dominium eius adipiscatur an nuptiæ fuerint secutæ sine effectu est, l. si stipulatus 97. §. si tibi nupsero, ff. de verbor. obligationib.* Paria enim sunt aliquid fieri tempore prohibito, vel conferri in tempus prohibitum, & inhabile, *l. in tempus, ff. de hæredib. inst. l. eum qui, ff. de iurisdictione omnium iudicum, gloss. in dict l. quod spõsæ, verbo, sine effecta est,* cum multis congestis, à *Tiraquel. tractat. de constit. limitatione 2. num 3. refert Sanchez de matrimonio lib. 6. disputatione 1. num. 6.* Num. 136

Y aunque en el num. 7. oponiendo de *l. lei inter* Num. 137.

eos

eos 28. ff. de donat. inter viuos, resuelue, que antes del matrimonio puede el esposo hazer donaciõ a la que ha de ser esposa suya: demanera q̃ valga, y adquiera el dominio de lo donado, procede quando se hizo, non habitu respectu ad nuptias futuras, sino que absolutamente dono para que tenga efecto etiam, de no tenerle el matrimonio, vt inquit, *ad primum die intelligi eam legem* (loquitur *dict. l. inter eos, quando donatio non refertur in tempus contracti matrimonij, sed absolute fit transferenda statim dominium, licet enim postea eadem die sequatur matrimonium firma manebit, & ita glos. in quod spõse, C. de dona. ante nuptis, verbo, sine effectu redens rationem quare donatio facta ante matrimonium a spõso collata in matrimonij tempus non valeat ait, quia ante matrimonium non transit dominium, quia noluit, nec post quia non potuit.*

Num. 139. Y aqui no se puede negar que esta donacion se aya hecho en contemplacion del matrimonio q̃ estaua tratado, y q̃ statim tuuo efecto quando la escritura lo dize asi, y lo reconocen los Abogados de don Gonçalo, nadie se persuadira que don Iuan hiziera la dicha donacion, sino fuera por razon del dicho casamiento, reseruando en si el dominio, en caso de no tener efecto, como la reseruo tambien no teniendo hijos en la dicha doña Ana, con que parece estamos en terminos de *la ley quod sponse, y la ley si stipulatur, §. si tibi nupsera de verborum obligat.* y no en el de *la ley inter eos, ff. de donat. inter virum, & vxorem.*

Num. 140. Especialmente que quando esta donacion sea valida que siempre se negara, lo que don Iuan donò, solo es la promesa que el señor Rey don Felipe Segundo le auia hecho. ibi: *E sveynte mil ducados*

dos, que mont vn siete quentos è quinientas mil mara uedis de que su mageſtad me tiene hecha merced conforme à la dicha su cedula Real, & ibi: *Que todo lo que se deuiere, è procediere del dicho oficio de Ensaya dor, è de los dichos veynte mil ducados de la dicha donacion:* De manera que lo que ſe contiene en eſta donacion, ſolo es la merced, y promeſa que el dicho ſeñor Rey auia hecho para que la dicha doña Ana la cobraſſe para ſi, y ſus herederos, y baſtò ce derle ſus acciones, ſin eſtar obligado à otra coſa alguna, pues lo q̃ ſe cede, y dona es, el derecho de cobrar los dichos 20ŋ. ducados de ſu Mageſtad, en virtud de la dicha merced, *l.2. in princip. ff. de hæred. vel actione vendita, l. si nomen 4. eodem tit. l. si plures, §. fin. ff. de euiction. l. pupilli, §. soror, ff. de solutionib. Guzm. tractatu de euictionibus, quæst. 35. num. 8. Mant. de tacit. & ambig. conuent. lib. 4. tit. 13. num. 5.*

Idque maximè, porque fue eſta donacion mere gratuita, en que non datur actio de euictione, ſino es prouandoſe huuo dolo en hazerla, *l. Aristo, §. fin. ff. de donationib. vbi gloſſ. Bart.* communiter Doctores, *l. ad res donatas, ff. de edilictio edicto*, y aunque ſea ob cauſam matrimonij, non venit euictio, *l. 1. C. de iure dotium,* vbi *Bald. gloſ. in cap. fin. de emptione, & vendit. l. 22. tit. 11. part. 4. Bald. Nouellus in tract. de dote 7. part. priuilegio 42.* Num. 141.

Nec dicatur, que por vna de las clauſulas del teſtamento que otorgò don Iuan Manrique en 28. de Mayo de 1570. años, confieſſa auer cobrado eſtos veynte mil ducados, y que con ellos, y otras partidas que alli refiere, comprò à S. Leonardo, quod non obſtat. Num. 142.

Porque ſe reſponde, que el Marques de Velmõ Num. 143.

te solo ha presentado en este pleyto, el poder que don Iuan Manrique otorgò para que en su nombre, y por el hiziesse testamento el Duque de Naxera don Estevan Manrique su sobrino, en que se le dio especial para reuocar el llamiento que auia hecho en falta de sus descendientes en fauor del pariente transuersal de doña Ana Fajardo, y el desde luego dize que reuoca el dicho llamamiento y en lugar del llama al hijo segundo de la casa de Nexera; y ansi mismo presentò el Marques el testamento que el Duque don Estevan hizo en virtud del dicho poder, y reuocacion del dicho llamamiento, y en su lugar llama al hijo segundo de la casa de Naxera.

Num. 144. Cæterùm, el testamento que auia otorgado el dicho don Iuan, no le ha presentado, ni don Gonçalo tampoco le ha presentado, y por esso està pedido se repela, y resaruado este articulo para difinitiua, Vndè no estan do presentado el testamento en que don Iuan confiessa la dicha cobrança, no puede aprouechar à don Gonçalo, *ex d l.1.tit. 2.lib.4.Recopil.*ibi: *Y que sino presentare escrituras, no se pueda valer de ellas*,&c sic, no constando de la dicha cobrança, falta el fundamento de don Gonçalo Fajardo, quo sublato corruit edifficium, vt in l. tecum, ff. de exception. rei iudic.

Num. 145. Y si don Gonçalo huuiera presentado este testamento, ò le presentasse, es fuerça que le ha de aceptar con todos los requisitos, y calidades que en el se contienen, vt in cap. cum olim de censib. y el mismo don Iuan dize en el propio testamento, que con los veynte mil ducados comprò à san Leonardo, y con otras partidas que refiere, y que se expressaran en el capitulo tocante al capital del dicho don Iuan.

Lo

Lo segundo replica don Gonçalo, que destos veynte mil ducados hizo merced el señor Rey don Felipe el Segundo, à don Iuan Manrique en 15. de Iulio del año de 561. quando ya estaua tratado de casar con la dicha doña Ana Fajardo, y quiere su Magestad que no se auiendo cobrado todos, ò parte dellos en vida de don Iuan, se pague à doña Ana lo que se quedare deuiendo, con quien con su licencia estaua concertado de casar, de que infiere que esta donacion se hizo en contemplacion de doña Ana, para que cassasse con don Iuan Manrique, y que no pudo auer otra causa para hazerla, por la ocasion, y tiempo en que se hizo, silicet, quando se trataua de casar, & ita, aunque se aya hecho à don Iuan, auiendo sido por cōtemplacion de doña Ana, es como si expressamente se huuiera hecho a ella, *l. sed si plures, §. arrogato, ff. de vulgat. Iuan Garc. de coniugal. quæst. 1. nu.* 101. *Thom. Sanch. de matr. lib. 6. disputat. 26. n. 11.* Num. 146.

Quod absque vllo fundamento dictum putamus, porque la donacion se hizo al dicho don Iuā por los muhcos, y grandes seruicios que auia hecho al señor Emperador don Carlos, y à el sobre dicho señor Rey don Felipe el segundo, como parece de la cedula de que se quiere valer don Gonçalo, ibi· *Por quanto acatando los muchos, y buenos seruicios que don Iuan Manrique de Lara à becho al Emperador mi señor de gloriosa memoria, y à mi en estos Reynos, como fuera dellos: y especialmente en Italia, y Flandes en las vltimas jornadas de guerra que se ofrecieron*, de manera que esta merced se hizo en remuneracion de lo que el dicho don Iuan auia seruido a los dichos señores Reyes, y no por razon de la dicha doña Ana. Num. 147.

Por-

Num. 148. Porque aunque su Mageſtad dize, que ſi en vida del dicho don Iuan no ſe huuieren pagado eſtos veynte mil ducados, ò parte de ellos, ſe pagaran a la dicha doña Ana, es porque el dicho don Iuan lo ſuplicò al dicho ſeñor Rey don Felipe, y no porque a ella en ello ſe hizieſſe merced alguna, ni ſe tuuieſſe atencion a ſeruicios ſuyos, vt patet, ibi. *Que en tal caſo ſe ayã de pagar todo, o la parte que de ellos ſe quedaren deuiendo a doña Ana Fajardo dama de la ſereniſsima Princeſa de Portugal mi hermana, con quien tiene concertado de caſarſe con nueſtra licencia, como nos lo ha ſuplicado, ſin que en ello aya falta*, porque como tenia hecha la aſſerta donacion, ò tratado de hazerla, ſuplicò a ſu Mageſtad ſe entendieſſe con la dicha doña Ana, y aſsi el argumento ſe retuerce contra don Gonçalo, porq̃ la merced que ſu Mageſtad hizo a la dicha doña Ana, fue en contemplacion del dicho don Iuan, & ita, a el, y no à ella ſe adquirio el derecho de auer la dicha donacion, ex iuribus ſupra citatis.

Num. 149. Lo tercero, replica el dicho don Gonçalo que don Iuan hizo la dicha donacion con facultad Real que le concedio el ſobredicho ſeñor Rey D. Felipe, y con ella ſe ſuplio qualquier defecto que por derecho pudiera tener la dicha donacion.

Num. 150. Quarta hæc oppoſitio, nimis aperte cõuincitur aduirtiendo, que la facultad, ni ſe pidio, ni concedio para hazer contratos reprouados por derecho, ſino para ſuplir la incapacidad que don Iuan tenia, como Cauallero del Ordẽ de Calatraua, de obligarſe ſin licencia de ſu Maeſtre, vt expreſſè cabetur in ipſa facultate, ibi: *Por quanto los Comẽdado-*

dadores, y Caualleros de la Orden de Calatraua, cuya administracion perpetua yo tēgo por authoridad Apostolica, no pueden obligar su persona, y bienes à cosa alguna sin licencia de su Maestre, è mia, como Administrador susodicho, è porparte de vos Frey D. Iuan Manrique de Lara, Clabero de la dicha Ordē me ha sido hecha relacion que vos teneys concertado de vos casar, è para ello aueys de hazer, y otorgar capitulaciones, è contratos, è para la validacion de ellos se requiere que vos obligueys, è los jureys, è porque no lo podeys hazer sin mi licēcia, y assi se la dà para que se pueda obligar, y hazer los contratos, y obligaciones que fueren necessarias, ibi: *Sin que por ello caygays, ni incurrays en pena de desobediencia alguna.* Num. 154.

De las palabras de asta dispensacion, bien se colige no auer dispensado para hazer ningun contrato que sea reprouado, sino solo auer amouido el impedimento que por razon del dicho Orden tenia como Cauallero, y Comendador de ella para no se poder obligar conforme los Estatutos de su Religion. Num. 151.

Ni es possible contenerse en la dicha dispensacion poder hazer contrato, alias reprouado, porque teniendo don Iuan dos impedimentos. Vno, el de su Religiō: y otro la resistencia de la ley, quitādo el vno por dicha facultad que dà el otro, iuxta *legem si non l. x, ff. de hæredibus instituendis, l si domus ff. de seruitutibus vrbanorum prædiorum, Oldraldus cons. 147. Bald. in l. 1. C. de furtis, Felinus in ca. cum Nuntius, n. 1. de testibus, Surd. cons. 118. n. 9. & cons. 136. n. 37.* Num. 152.

Y en terminos de facultad, ò dispensacion de vn impedimento, si ay otro juntamente con el, Num. 153.

no se entienda quitado por la dispensacion del vno, es texto formal *el c. gratiose de rescriptis lib. 6. cap. non potest de præbend. in 6. Afflict. decis. 20. nu. 92 Crotus cons. 38 num. 4. Nata cons. 194. num. 10. Surd. cons. 137. num. 12.* ibi: *Habilitatus enim respectu vnius impedimenti repelli potest si aliud subsit impedimentum & cons. 294. num. 3.* ibi: *Quod dispensatio super vno defectu non tollit alium.*

Num. 154. Y assi no se entiende dispensado lo que no se pidio, ni se contiene en la suplica, *cap. Abbate de rescriptis glo. fin. in c. 1. eodem tit. l. 37. tit. 38. par. 3.* Y para dar fuerça al acto nullo, era necessario especificarle con las calidades de la nullidad, *Surd. cons. 49. n. 32. videndus, hasta el num. 44.* & alij laudatis, *Gratian. cap. 514. n. 30. tomo 3.*

Num. 155. Lo quarto, y vltimo, dize, que quando todo lo dicho cessara esta donacion, ha de valer por la desigualdad que auia entre don Iuan Manrique, y doña Ana Fajardo, porque si bien eran entrambos descendientes de casas ilustres, y de grandes señores, el dicho don Iuan se hallaua hombre de mucha edad, y doña Ana donzella, y de poca, y dama de la señora Princesa de Portugal, y esta desigualdad en las edades haze que valga la donacion que el esposo haze a su esposa al tiempo de casarse; porque entonces mas se juzga por contrato oneroso, que por donacion gratuyta, como parece lo reconoce *el mismo don Iuan en la escritura de donacion,* ibi: *Por tanto por la causa onerosa del matrimonio, y porque tuuiesse efecto,* y es vn contracto, do vt facias, en que se recompensa la desigualdad de la edad, con lo que dona el esposo para suplir el excesso de su edad, *Sanchez de matrim. lib. 6. disp. 8. nu. 2. Mant. de tacitis & ambiguis*

biguis conuencionibus lib.21.tit.4.nume.18.

A esta dificultad en que consiste la de este capitulo, se responde. Lo primero, que siendo como es don Gonçalo actor, y fundandose en esta calidad de que don Iuan Manrique era mayor en edad que doña Ana Fajardo, tiene obligacion de prouar concluyentemente la dicha calidad, *gloss. in l. si vero. §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisdari cogatur.* Num.156.

Y no la prueua con tres testigos que ha presentado en esta instancia de reuista, que dizen auer conocido al dicho don Iuan casado con la dicha doña Ana Fajardo, y que ella era muy niña, y el muy viejo, y cano, y que andaua arrimado a vn baculo. Porque aunque estos testigos conforme la edad que dizen tienẽ, pudieron conocer al dicho don Iuan, no se puede negar que no se les puede dar fee, ni credito, porque deponiendo como deponen de hecho que ha que passò mas de setẽta años, no hazẽ fee, ni prueua, *vt in l.3. ff.* de Carboniano edicto, ibi: *Aut propter temporis interualum non eãdem fidem habebant,* Grammatico decis.60. num.7. ibi: *Et pariter à tempore primæ depositionis ipsorum textium aqua sunt iam septem anni decursi, in quo temporis interualo difficilli potest cadere obliuio in homine, etiam in eo quod ipse fecit.* Y si en siete, años se presume oluido, quanto mas en setenta, *Alexand. Raudens. decis. Pisana 12. numer.44.* Num.157.

Idque maximè, porque estos testigos son vassallos del dicho don Gonçalo que esta en possession pacifica de la villa de san Leonardo, donde son vezinos, cuya possession tiene por la mitad del mayorazgo que fundò doña Ana Fajardo, y Num. 158.

que

que le eſtà adjudicado por ſentẽcia de tenuta del Conſejo, ſin que quanto en eſta parte aya pleyto como no le ay en la propiedad, y ſiendo como ſon vaſſallos, *quibus imperari poteſt*, el dicho don Gonçalo no hazen fee, ni prueua, *Ægid. Boſsius tit. de poſitione contra teſtes, num. 100. verſic. & quia dixit Anton. Gabr. de teſtib. concl. 10. num. 23. vbi plures alios, refert Coral. in practica. §. 2. de offic. prætoris in cauſa ciuile, rubrica de teſtibus verſic ſubdicti regunt, folio 96. col. 1. n. 55. in fine.*

Num. 159. Mayormente que el dicho don Iuan no podia ſer tan viejo como le figura don Gonçalo, y ſus teſtigos, pues tuuo dos hijos en la dicha D. Ana, que con eſto ſe preſume no tener ſeſenta años quando a los de eſta edad los reputa el derecho por incapaces de tener hijos, *vt in l. ſi pater familias, §. vlt. ff. ad accionibus, Menoch. de arbitr. lib. 2. cẽturia prima, caſu 89. n. 8. & præſumptione 47. lib. 6. n. 29. Maſcard. de probat. concl. 1152. numer. 6. Sanchez de matrim. lib. 7. diſp. 32. n. 16.*

Num. 160. Y anſi en dezir los teſtigos de don Gonçalo q̃ don Iuan Manrique era hombre de mas de ſetenta y quatro años quando le vemos con dos hijos, y que ſobreuiuio à doña Aaa Fajardo ſu muger, no deponen coſa veriſimil, y anſi no ſe les puede dar fee, ni credito, *Abbas in cap. qui veriſimile de præſumptionibus, Aymon Craueta conſ. 115. nu. 12.* Con lo qual viniendo a faltar como falta a don Gonçalo la prouança de la calidad que deuia prouar, le falta el fundamento que podia hazer valida la donacion, *quo ſublato corruit edifficium, vt iam dictum eſt.*

Num. 161. Lo ſegundo ſe reſponde, que para valer la donacion, era neceſſario que la deſigualdad fuera

tanta

tanta que equivaliera a lo que ſe dona: demanera que el donatario ſe juzgue digno de tal remuneracion, *Crabet. conſ. 780. nu. 17. verſ. ſint autẽ*, *Mãtica vbi ſup. dict. tit.* 4. *num.* 19. y en nueſtro caſo no ſe puede hazer caſo de la deſigualdad de la edad, aunque tuuieſſe mas que la dicha doña Ana Fajardo el dicho don Iuan Manrique, porque ſi ella era noble, y deſcendiente de caſa iluſtre, y de grandes, tambien lo era don Iuan Manrique, pues ſe halla hijo ſegundo de la caſa de Naxera, y con tan grandes, y tan honroſos pueſtos, pues era Clabero mayor de la orden de Calatraua del Conſejo de Eſtado de ſu Mageſtad, Capitan general de la Artilleria, Mayordomo mayor de la Reyna nueſtra ſeñora, y Virrey que auia ſido de Napoles, y anſi aunque la dicha doña Ana Fajardo fuera de muy poca edad, y de mucha el dicho don Iuan, la eſtuuo muy bien el matrimonio que con ella cõtraxo, por ſer como era tan pobre, que ſegun la pretenſion de don Gonçalo no tenia nueue mil ducados, y ſegun la del Marques no tenia mas de muchas deudas que deſpues pagò por ella el dicho don Iuan, como adelante ſe prouara. Y anſi no ſe puede dezir huuo deſigualdad *ratione ætatis*, quando eſtuuiera prouada, pues con la riqueza, y grandes titulos de oficios del dicho don Iuan, ſe ſuplia el exceſſo de ſu edad, como en propios terminos lo reſuelue Mant. vbi ſup. nu. 17. ibi: *Item debet intelligi, quando tanta eſt eorum diſparitas, vt alter coniux tali remuneratione dignus exiſtimetur, alioquim donatio non valet, nam ſi ruſticus valde diues Ducat nobilem vxorem, ſed pauperem non videtur inequalitas, quæ faciat valere donationem, quia abiecta viri cõditio per diuitias ſupletur, Bald.*

in l. si voluntate num. 2. de dotis promissione, Lup. de donationib. inter virum, & uxorem, dict. §. 32. num. 9. & similiter Crabeta in dict. cons. 780. nu. 17. vers. rursus intelligi valere donationem, nisi alio modo possit dici compensatio veluti si plebeius exiguam dotem accepit.

Num. 162. Lugar celebre, y en terminos deste pleyto, pues don Iuan no plebeyo, sino nobilissimo, descendiente de la casa de Naxera, caso con la dicha doña Ana, que siendo de ygual calidad à lo sumo, lleuò de dote nueue mil ducados, segun la pretēsion de don Gonçalo, teniendo el entonces ochēta mil, sin el oficio de Ensayador de la casa de la moneda de Seuilla, y sin la donacion de veynte mil ducados de que su Magestad del señor Rey don Felipe el Segundo le auia hecho merced por sus grandes, y abentajados seruicios, con que aunque la dicha doña Ana fuesse de mucha menor edad, quedò recompensada casando con el, quando es llano que con tan exigua dote no pudiera casar con vn cauallero muy particular, porque entre tan grandes señores no se atiende a la mas, ò menos edad, sino à la grandeza, ò puestos que ocupan, como oy se ve en el Duque que al presente es de Naxera, que teniēdo mas de 55. años de edad se caso cō D. Ysabel de la Cueba, hija mayor del Duque de Alburquerque, y cō tener solos 18. años, le dieron cō ella 100. mil ducados de dote, y el mismo Marques de Velmonte que oy litiga con ser de poco menos edad que su hermano el Duque, esta capitulado de casar con hermana del Conde de Aguilar, señor de los Cameros, Marques de la Ynojosa, gentilhombre de la Camara de su Magestad, dama de la Reyna nuestra señora, de 22. años

años de edad, y con ella le dan cinquenta mil ducados de dote, y otras mercedes de su Magestad, siendo hijo segundo de la casa de Naxera, como lo era don Iuan Manrique.

Lo tercero, porque quando se aya hecho esta donacion en recompensa de la poca edad de la dicha doña Ana, auiendo sobreuiuido don Iuan à ella, se resuelue la donacion, y pudo repetir lo que donò, prout eleganter tenet ipsemet, *Mant.* sup. *num. 19. vers. preterea,* (*dicens:*) *Illud est aduertendun: quod si vxor donauit viro propter compensationem ætatis, & vir prior decessio vxor videtur iubentutem ipsius viri consumpsisse, & vir, intelligitur factus locupletior, quia bona sibi donata ab vxore non consumpsit: ergo donatio est, nulla es momẽti, quia debuit morte vxoris quẽ vnus sibi donatum consumpsit confirmari, d. l. cum hic status, §. quod ait oratio, quæ loquitur in casu magis dubio, sibe consumptio facta fuerit culpa, sibe sine culpa, argument. legis 1. §. generaliter, de legat. præstand. & l. de pretio, de publiciana in rem actione, quamobrem in casu proposito bona donata alteri cõiugi, multo magis repeti possunt, quia munus ætatis alteri donatum, sibe eius culpa per mortem consumptum est, qui est casus fortuitus, vt subtiliter perpendit Crabeta dict. cons. 51. nu. 1. ad finem,* vers. *modo inferendo ad propositum,* que es decision singular, y en terminos deste pleyto, donde don Iuan sobreuiuio à la dicha doña Ana, y assi pues le faltò lo que en recompensa de la donacion se le dio, que era la poca edad de la susodicha, quedò ella rica pues no consumio la donaciõ, y el dicho don Iuan pobre, y assi se le han de restituyr los dichos veynte mil ducados, *per legem 1. & 2 totus titulus de donationib. inter,* de quo plura *Mantica d. lib. 21. tit. 8. num. 15.* Num. 163.

El

Num. 164. El juramento no puede reualidar esta donaciõ porque vltra de que sigue la naturaleza del acto en que se pone, vt satis dote tenet *Molina d.lib.4. cap.2.num.55.* & seqq. *Fontañela de pactis nuptialibus, clausula 4.glos.21.nu 83. Franc. Molino de ritu nuptiarum lib.6. quæst. 6. à num. 19.* cum seqq. vbi refert plures alios Doctores, ac proinde, auiẽdo muerto la dicha doña Ana antes que el dicho don Iuan, por auerle à el faltado loque se le donò que es la poca edad de la susodicha, se le ha de boluer lo donado, ex defectu causæ donandi, vt *Crub. & Mant.* sup. relatis expræsse dicunt.

Num. 165. Lo cierto es, que esta donacion es prouada por derecho, ob bonum publicam ne silicet, mutuo amore se expolient, & ita el juramento no la puede confirmar, vti pluribus fundamẽtis, & authoritatibus eam defendit, *Francisc. Mant. d. lib. 21. tit. 8. à num.* 15. cum seqq. *qui num. 40.* dicit, cẽseri factam ex causa libidinis potius, quàm ex venebolentia maritali, & sic nil mirum, que no se confirme con juramento.

Capitulo quarto.

Num. 166. En que don Gonçalo pretende que los emolumentos del oficio de Ensayador de la casa de la moneda de Seuilla, por las tres vidas de que se hizo merced à don Iuan Manrique de Lara por el señor Emperador don Carlos, se han de adjudicar por capital de la dicha doña Ana en virtud de la donacion que dellos le hizo el dicho don Iuan.

Num. 167. La razon que el Marques tiene para contradezir esta pretension es, que este oficio fue proprio del dicho don Iuan, por merced del señor Empe-

ra-

rador dō Carlos, como lo reconoce el señor Rey don Felipe su hijo en la licencia, y facultad que le dà para poderle renunciar en vida, ò en muerte, ibi: *Que tiene, è possee por merced q̄ del le hizo el Emperador mi señor, y padre*, cui assertioni standum est, *clement. 1. cum ibi notat de probat. Anton. Grab. lib. 1. commun. tit. de probat. concl. 2.*

Quarè, la donacion fue nula por los mismos fundamentos que quedan aduertidos supra en la de los veynte mil ducados, por ser vna misma donacion, y por vna escritura, y asi los emolumentos que procedieron del dicho oficio en vida de don Iuan, fueron bienes adquiridos durãte el matrimonio, y le pertenecieron pro honeribus ipsius matrimonij, *l. pro honeribus* cum vulgaribus, *de iure dotium, l. 4. & 5. tit. 9. lib. 5. Recop.* Num. 168.

La facultad que el señor Rey don Felipe el Segundo dio para renunciar el dicho oficio en fauor de doña Ana, solo pudo obrar quanto à las dos vidas despues del dicho don Iuã, pero no por su vida, por estar en el radicado este derecho, y no le poder donar en fauor della durante el matrimonio, ni antes confiriendo su valor como se cõfirio para quando se huuiesse celebrado. Num. 169.

Mayormente que aun quando fuera permitida esta donacion, los emolumentos que procedieron en vida de la dicha doña Ana, se comunicarõ à entrambos, vt in d. *l. 4. tit. 9. lib. 5. Recop.* ibi: *Los frutos seã comunes de ambos à dos, y la heredad, y las otras cosas do vienen los frutos, ayalas el marido, ò la muger*, y enla *ley* 5. del mismo titulo, ibi: *Que seã, y finquen de aquel que los huuo ganado, sinque el otro aya parte dellos, segun lo quieren las dichas leyes del fuero; pero que los frutos, y rentas dellos, è de todos otros qualesquiera oficios.* Num. 170.

Num. 171. Esta ley claro es que habla de oficios temporales, que tienen solo de aprouechamiento el salario, y derechos anexos, y pertenecientes à ellos, & tamẽ, dize, q̃ se comunicã entre marido, y muger, *Iuan Garcia de coniugali quæstu in principio:* Itaque, si esta donacion tiene subsistencia por la merced del señor Rey don Felipe el Segundo, los emolumentos del dicho oficio se comunicaron por la vida de doña Ana, à marido, y muger.

Num. 172. Y no importa dezir que quando la muger lleua al matrimonio oficio, ò cosa que no tiene propiedad, sino que consiste solo en lo que cada año se percibe, entonces es suyo, y se le ha de restituyr, soluto matrimonio, *ex l. si ex lapidicinis, ff. de iure dotium, l. dotis fructus, §. si vsusfructus, ff. eodem tit. Gutierr. de tutelis, 3. p. cap. 3. nu. 2. Ioã. Garcia de expensis, c. 23. n. 5.*

Num. 173. Porque se responde, que este oficio no es de naturaleza que se auia de acabar con la vida de la dicha doña Ana quando por la donacion de su marido, y merced del señor Rey don Felipe le tenia por dos vidas mas, q̃ eran tã estimables, que si las vendiera hallara gran cantidad de marauedis por ellas. Y asi este oficio no cõsistia solo en los emolumentos, sino en la propiedad de las dos vidas, q̃ eran de mucho valor, y ansi no se acomodan las autoridades en que se fundan los Abogados de don Gonçalo à nuestro caso, porque *la l. doctis fructus, §. si vsusfructus,* antes prueua lo cõtrario, cum indicatur, quod si vsusfructus in dotem detur non sunt restituendi fructus, aunque el derecho de gozarlos es temporal, secus autem, quãdo el vsufructo se da por diez años, quia tunc censetur certa quantitas data destributa in singulos

annos

annos, *vt in l. vxori, ff. de vsufauctu, leg. 1. si conuenerit 4. ff. de pact. dot. & ita conciliat hac Ioan. Garcia vbi sup d. c. 23. n. 6. vers. ita quique.*

Itaque, aunque la donacion fuera valida, quod negamus, per ea quæ dicta sunt, en caso que fuera valida, fue absoluta, no por tiempo limitado, si no por el q̃ durasse el matrimonio, y assi los emolumẽtos de este oficio, el tiempo que duro el matrimonio fueron comunicables, pues a doña Ana le quedaua el mismo oficio para gozarle por dos vidas, y si sobreuiuiera à dõ Iuan, le gozara por la suya, y no q̃dara indotada, q̃ es la razõ q̃ dã, y para q̃ dãdose el sufructo por cierto tiempo, y limitado, se ayan de instituyr los frutos, porque aliàs, si los gozara el marido quedaua indotada, y no se le venia a restituyr à la muger el capital de su dote, que lo que montaua el vsufructo del tiempo cierto que se dio, *vt considerat Garcia vbi sup. d. n. 6.* Num. 174.

Y esto corre mas lisamente despues de la muerte de doña Ana Fajardo, distinguiendo dos tiempos: vno, mientras viuio don Iuan Manrique, despues de la muerte de la dicha doña Ana, en que gozò los aprouechamientos de este oficio, como padre legitimo, y administrador de sus hijos, *vt in l. 1. C. de bonis maternis, & in l. cum opportet, C. de bonis quæ liberis*, y de este tiempo no puede pretender don Gonçalo cosa alguna, pues aunque la donaciõ fuera valida, muerta la dicha doña Ana, sucedieron sus hijos en las dos vidas que quedauan, ora sea por auerlos ella nombrado conforme à la facultad Real, ora sea porque no auiendo nombrado expressamente la dicha doña Ana, la ley ha por hecho el nombramiento en fauor de Num. 175.

sus

sus hijos, vt in l. conficiuntur, ff. de iure codicillorum, l. siquis nullam, ff. eodem tit. Antonius Gabriel cons. 143. lib. 1. Petrus Surdus decisione 272. num. 1. & 29.

Num. 176. Mayormente auiendo instituydo, como instituyò la dicha doña Ana à sus hijos por herederos, como consta del testamento con que la susodicha murio, que està en este pleyto, y assi lo deuio hazer conforme a la l. 6. de Toro, y en esta institucion general se comprehende auerlos nombrado por las dos vidas que restauan del dicho oficio, *Menoch cons. 210. num. 5. cum sequent. tom 3.* Y auiendo sido todo de los hijos de la dicha doña Ana: claro està que el padre como vsufructuario de sus bienes, lo auia de ser de los emolumentos del dicho oficio.

Num. 177. Otro tiempo es despues que murio don Iuan Manrique sobreuiuiendole sus hijos, ò del tiempo que ellos gozaron los emolumentos del dicho oficio, como herederos dela dicha su madre, no ay fundamento humano para condenar en estos emolumentos al capital de los bienes del dicho don Iuan: pues ellos los gozaron como herederos de la dicha su madre, mediante el nombramiento expresso, ò subintelecto que en su fauor hizo la dicha doña Ana su madre, y que deuio hazer precisamente, y no auiendo gozado el dicho don Iuan Manrique, ni sus bienes de estos emolumentos, no ay razon, ni fundamẽto para que de mayorazgo que fundo los hagan buenos al mayorazgo que fundò la dicha doña Ana.

Num. 178. Y la facultad que se dio al dicho don Iuan para renunciar este oficio, fue limitada en caso que el susodicho muriesse antes que la dicha D. Ana,

sin

sin nombrar persona que siruiesse el dicho oficio, vt exca constat, ibi: *Iunto con esto, es nuestra voluntad que si el dicho don Iuan falleciere antes, y primero que renuncie, y traspasse el dicho oficio en otra persona, como lo puede hazer cõforme a lo sobredicho, que en tal caso suceda en el la dicha doña Ana Fajardo, aunque el dicho don Iuan muera abintestato, a la qual desde agora para entonces hazemos gracia, y merced del, por la forma, y de la manera, y con la facultad que conforme a lo sobredicho tiene, y damos, y concedemos al dicho don Iuan Manrique.*

Verba enim, illa: *Que en tal caso suceda en el la dicha doña Ana*, restringen la licencia, y facultad à este caso, quia extremitatem temporis significãt in præcedentibus impediuntque extensionem dispositionis ad aliud tempus, *l. in substitutione, 2. responso, ff de vulgari, l. 4. §. vlt. ff. de cond. & demõstrat. Peregrin. art. 29. num. 15. & 28. & 29. Bald. cons. 57. lib. 2. colum. 2. Ancharran. cons. 356. Fusarius cons. 69. num. 32.* Y no auiendo sucedido este caso, porque doña Ana murio primero que el dicho don Iuan, ex licentia, & facultate, no pudo ella nombrar ninguna de las vidas del dicho oficio, y quien lo pudo hazer fue don Iuan, por cuya muerte sucedieron sus hijos, y gozaron los emolumentos de este oficio, cada vno en su tiempo, consumiendo entrambas vidas, con que es sin fundamento pretender se hagan buenos a los bienes de doña Ana los emolumentos que valieron, y pudieron valer. Num. 179.

Tercero Articulo.

¶ Auiendose de hazer adjudicacion a los Num. 180.

bienes del mayorazgo de doña Ana, como lo haze, la sentencia de vista se ha de declarar tambiẽ lo que ha de auer el mayorazgo de don Iuan, que son las partidas siguientes.

Capitulo quinto.

Sobre los 72U. mil ducados que pretende el Marques se han de declarar por capital del dicho don Iuan Manrique.

Num. 181. ¶ El qual prometio de arras ocho mil ducados a doña Ana Fajardo su muger en las capitulaciones matrimoniales, en que dize ser el diezmo de sus bienes, porque tiene ochenta mil ducados, y auiendo pedido en virtud desta escritura don Gonçalo Fajardo los ocho mil ducados de arras que prometio el dicho don Iuã Manrique, y que le estan adjudicados por la sentencia de vista, y auiendose de confirmar la dicha sentencia de la qual no tiene suplicado don Gonçalo, antes lo ha consentido, con que no puede aora variar, ni dezir que la promessa no fue de arras, ni reformarse la dicha sentencia en su fauor, *vt Stephan. Gratian. discep. foren. tom. 1. disceptat. 1.* por consequẽcia necessaria se han de adjudicar al capital de dõ Iuan Manrique los setenta y dos mil ducados que
Num. 182. pretende el Marques se le adjudiquen.

La razon desto es euidente, porque si es verdad,

dad, como lo es, que el marido no puede prometer de arras à su muger mas de lo que cabe en la dezima de los bienes que tiene al tiempo que haze la promesa, vt in l.50. Tauri, adeò, que aunque confiesse el que manda las dichas arras que cabē en la dezima parte de sus bienes, no vale la dicha confessión.

Calificandose por la sentencia de vista auer valido la dicha promesa, necessariamente se ha calificar que al tiempo que la hizo el dicho don Iuan tenia ochenta mil ducados de hazienda, porque si para que valiera la dicha promesa es necessario el tenerlos, calificandose que valio la promesa con necessaria consequēcia se ha de calificar que el dicho don Iuan tenia los dichos ochenta mil ducados de hazienda quando hizo la dicha promesa, quia qui vult consequens necessario videtur, vele antecedens, *ex text. in l. illud, ff. de adquir. hæreditate.* Num. 183.

Tum etiam quia vna determinatio respiciens, plura determinabilia, pariformiter debet determinari, ex l. iam non iure, ff. de vlgari. Num. 184.

Idque maximè, porque ò don Gonçalo Fajardo no ha presentado esta critura en el pleyto, ò lā ha presentado, si no presenta la escritura, no se puede valer della, como està dicho, ni tiene prouança de la dicha promesa, y en este caso seria precisa la reuocacion de la sentencia de vista. Num. 185.

Si se vale desta escritura, y la presenta para prouança de su intencion, y de la dicha promesa, lo enunciatiuo de la dicha escritura le perjudica plenamente, *vt in cap. cum olint de censibus, Afflict. decis. 83. in princip. Crab. cons. 134. n. 1. part. 1.* Num. 186.

Y en este caso se ha de reputar por capital del di- Num. 187.

dicho don Iuan los dichos setenta y dos mil ducados, pues es llano que en las particiones se sacan los capitales, primero la dote de la muger, y bienes hereditarios, y despues lo que el marido metio en el matrimonio, ò adquirio por herencia, ò donacion, *Xuar. in l. 1. tit. 3.* de las ganancias, *lib. 3 fori, Anton. Gom. in l. 53. Tauri, num. 67. Gregor. Lopez in l. 55. tit. 5. part. 5. glossa magna, col. 2.* vers. *facit hoc ad aliam quæstionem, l. 4. tit. 9. lib. 5. Recopil. vbi Matienç. gloss. fin.* y por la dicha escritura de capitulaciones matrimoniales queda prouado auer sido capital del dicho don Iuan los dichos setenta y dos mil ducados, por lo que queda dicho.

Num. 188. A que se añade, que don Gonçalo funda su pretension en quanto los ocho mil ducados de arras que estan adjudicados en la confessión que hizo don Iuan Manrique en la dicha escritura, quando dixo que confessaua que cabian los dichos ocho mil ducados en la decima parte de sus bienes, y sin tener ochenta mil ducados, no podia prometer los ocho mil de arras, vt supra dictum est, y ansi esta confessión que es conexa à la promesa & sine qua alias esset nula, no se puede diuidir de lla, vt singulariter tenet *Stephan. Gratian. lib. 1 disceptat. forensium, cap. 130. num. 10. & 19. vbi dicit:* Que quando la calidad es contemporanea al acto, no se puede aceptar la confessión sin la dicha calidad, secundum glossam in l. si quidem in fin. C. de exceptionib. Petr. Surd. decis. 258. num. 1. cum sequentib. y basta que la calidad proceda, ex eadem causa, & ad eumdem effectum, para que no se pueda deuidir, sino que in totum se ha de aceptar precisamente, Surd. vbi sup. num. 9. Gracian. sup. num. 22.

Y no

Y no se puede negar que esta calidad de tener don Iuan ochenta mil ducados quando se casò, es necessaria, y connexa à la promesa de las arras, pues no pudieran auerse prometido resistiendo la ley à la dicha promesa, & ita don Gonçalo que pide ocho mil ducados de arras por esta escritura, no puede separar della la confession que don Iuan hizo, de que tenia ochenta mil ducados, y el Marques se puede valer de la escritura presentada por el dicho don Gonçalo, *in l.1. §.editionis, verbo dicta in fine*, vers. *item quod si sponte*, vbi *Fascon num.11. col.2.* vers. *venia ad quintam partem*, *ff. de edendo*, *Gratian. lib.1. cap.121. num.29.* Num. 188.

Et præcipuè, porque siendo la ley prohibitiua de que no se pueda dar en arras mas que la decima parte de los bienes que tuuiere el marido quando se casa, en duda se presume auer prometido lo que pudo, in dubio no se presume que nadie haze acto contra ley, y quien dixere que no cupo, lo ha de probar, l. ab ea parte, ff. de probat. Felin. in ca. in præsentia num.11. de probat. vbi Abb. in cap. cum virum, Dec. num.11. & in l. fin. num.14. C. de edicto diui Adriani Tollend. Menoc. præsumption.23. n.1. cum seqq. lib.6. Num. 189.

Rursus, porque quando la confession del possedor del mayorazgo fue aliàs, non perjudicat successoribus, Peregrin. de fideicommiss. art. fin. num.62. Pinel. in l.1. C. de bonis matern. 3. part. num.50. y la confession del padre que tampoco perjudica al hijo en su legetima, l. qui testamentum, §. de probationib. ò lo que se haze por el marido en fauor de la muger, no perjudica à los Acreedores otras confessiones semejantes, que alias no perjudican successoribus, se justifica, etiã Num. 190.

præsumptis præsumptionibus, perjudica à los terceros, vt tenet *Dec.cons.96. in 1.p.in fin. Hyppolito Rimin.cons.379.n.16. Auend. de seqq. mandat. 2.p. cap.29.num.12.vers.3.infertur, Xuar.in l.2.tit.1.* de las ganancias, *lib.3.fori.*

Num. 191. Vndè, la confessiõ hecha por don Iuan Manrique en la promesa que hizo de arras en fauor de doña Ana Fajardo su muger, aunque aliàs sola de porsi no pudiera probar el capital de los ochenta mil ducados que confessò coadjubar à la dicha confessiõ, probationibus præsumptis, haze plena prouança del dicho capital.

Num. 192. Y las presunciones que resultan del processo, y que hazen euidente ser cierta la dicha confessiõ hecha por el dicho don Iuan Manrique, y que el tenia los dichos ochenta mil ducados al tiempo, y quando prometio los ocho mil de arras, son las siguientes.

Num. 193. La primera, que en menos de dos años de como se contraxo el dicho matrimonio, comprò el dicho don Iuan Manrique la villa de san Leonardo, y demas villas, y lugares, y rentas, y otros bienes de que se halla fundado este mayorazgo, no auiendo lleuado doña Ana Fajardo mas que 9U. ducados en dote, segun la pretension de don Gonçalo, y los mas dellos, en joyas, y vestidos, y en tã breue tiempo no era posible que se adquiriera tãta hazienda como costaron las dichas villas, y lugares, y demas rentas que tiene dicho mayorazgo, mayormente viuiendo el dicho don Iuan como à la sazon viuia en la Corte con el lucimiento, y casa que se requeria, conforme à la calidad de su persona, y puestos que tenia, y ocupaua, siruiendo à su Magestad de Mayordomo mayor de la

la Reyna, General de la artilleria de España, de los Consejos de Estado, y Guerra. De manera que los gages, y rentas que tenia era preciso gastarlas en el sustento, y obstentacion de su persona, y de la dicha doña Ana Fajardo, y de sus criados, y casa.

La segunda congetura de que la confessiõ del dicho dõ Iuã era cierta, nace de los puestos, gajes, y rentas que tenia el dicho don Iuan, y auia tenido al tiempo, y quando caso con la dicha doña Ana, pues auia sido Virrey de Napoles, y Capitan General en las guerras, Embajador de Roma, Clauero de la orden de Alcantara, que es Encomienda de diez mil ducados: de la qual, y de las demas rẽtas, y gages que tenia, y mil ducados de renta de su patrimonio, era, y es mas verisimil auer ahorrado los ochẽta mil ducados q̃ confessò que tènia quando prometio las arras, que no auerlos adquirido en dos años, hallandose recien casado cõ dama de la Princesa de Portugal, y con la calidad de su persona, y puestos: y à esto persuade la misma razon natural, la qual basta para la determinacion de las causas, *ut in l. scire opportet, ff. de excus. tutorum.* Num. 194.

La tercera congetura naze de lo que confiessa y dize el mismo don Iuan Manrique en vna de las clausulas de su testamento, en que dize lo siguiente. Num. 195.

Iten mando, que si en algun tiempo, ò por alguna manera, ansi por razon de la dote que yo huue con doña Ana Fajardo mi muger, como por razon de los bienes gananciales, alguno pretendiere ser su heredero, pidiessen alguna cosa à mis bienes faltando mis hijos legitimos: Mando que ante todas cosas de qualquier Num. 196.

cosa

cosa que huuissen de auer por razon de lo susodicho, que les desquenten 200∫. marauedis que yo pague por la dicha doña Ana, y ella deuia à Ysabel Guerrero su criada que se los dio, y auia mandado en casamiento, y vn collar de oro, y perlas que yo di à doña Ana, que costò, y peso lo que parecera por su almoneda, y vna cãtidad de perlas que tambien le di, que costaron 515∫ ducados, y dos anillos, el vno con vn Rubi, y el otro con vn diamante, ricos de valor, que parecera por su almoneda, y vn brasero de plata, y vna vacia de plata, y vn velador, y vn bufete de plata, que todo valia lo que por la dicha almoneda parecera, y otras muchas deudas que paguè por la dciha doña Ana, que las deuia quando con ella me casè, que son en gran cãtidad, lo qual se ha de descontar de los bienes que mi muger que aya gloria, trajo, y aya de auer por razon de las ganancias que durante el matrimonio mejoramos: è mandò, è quiero que se haga, y cumpla todo, assi pudiẽdose hazer de derecho.

Num.196. Iten de mas, y allende de todo lo susodicho, declarò, que su Magestad el Rey nuestro señor me dio veynte mil ducados, de que comprè à san Leonardo, comprè las alcaualas con lo que aorre del salario de mayordomo mayor de la Reyna: y assi mismo la hazienda de los frayles, y las tercias, con el salario de General de la artilleria, y oficio de Seuilla, y mas los mil ducados de juro que tengo comprados à razon de à veynte mil el millar, y con lo que ha valido la Claberia he viuido, y mantenido à doña Ana, y mis hijos, y casa, y mis descargos, y deudas, quiero que se cumplan, y paguen con lo corrido de la Claberia, en lo que no bastaren mis bestidos, y lo que no està vinculado, segun, y como dicho es, y de suso se contiene: Y esto que tengo dicho es verdad, y e fecho esta declaracion para que conste de todo lo

lo que por mi ha passado, è yo he fecho despues que tomè el habito de la dicha orden, y como hijo de obediencia lo he querido declarar.

Y auiẽdo hecho estas declaraciones el dicho dõ Iuan Manrique, aunque alias no podia perjudicar à los herederos, y successores de la dicha doña Ana, quando semejantes confessiones estan adminiculadas con otros indicios, hazen gran presuncion, y aun prouança de ser verdaderas, *ita resoluit Anton. Gomez in l. fin. Tauri, nu. 15.* vers. *quod tamen intellige*, vbi *tradit rationẽ Salicet. Quia nemo præsumitur inmemor salutis æternæ, vt cap. sancimus 1. quæst. 7. & ita in terminis tenere ait Philipp.* Dec. *Hyppolit. de Marsil. & alijs quos ipse refert.* Num. 197.

Y esto procede mas sin duda, estante la decisiõ, de la *l. quæro, § fin. ff. de edilictio edicto*, vbi dicitur: *Quod seruo vili, & infami deponenti de facto proprio credendum est*, ibi: *Si alia iudicia prioris fugæ nõ deficiunt serui responso, credendum est*, y en nuestro caso corre esta determinacion con mas lisura respeto de que don Iuan Manrique era vn cauallero tã Christiano de tãta verdad, suerte, y calidad es, como se descubre por los autos deste pleyto, y para la determinacion deste punto, es muy singular la decision de la ley non omnis, §. à barbaris, ff, de re militari, ibi: *Sed si bonus miles antea existimabatur prope est, vt assertioni eius credatur*: Vndè, concurriendo tantas, y tan vrgentes presunciones con la declaracion hecha por el dicho don Iuan, y siendo el de tanta suerte, y calidad, nihil mirum, que se ayda de estar à ella, y darse entera fee, y credito al que la hizo en su testamento. Num. 198.

Partida de las legitimas de la Condesa de Valencia.

Num. 199. ¶ La facultad Real se dio à don Iuan Manrique de Lara, y a doña Ana Fajardo su muger para hazer mayorazgo de todos los bienes que tenian, y tuuiessen al tiempo de su muerte en fauor de vno de sus hijos, cõ que à los demas huuiessen de dexar alimentos, como parece, ibi: *Con tanto que seays obligados de dexar, y dexeys à los vuestros otros hijos, y hijas legitimos que teneys, y tuvieredes de aqui adelante en quien no sucediere el dicho mayorazgo alimentos, aunque no sea en tanta cantidad quanta les podia pertenecer de sus legitimas.*

Num. 200. Vsando desta facultad hazen mayorazgo en fauor de su hijo mayor don Antonio Manrique, de los bienes que tienen, y los refieren en la misma fundacion, y despues añade, ibi: *Y ansi mismo metemos en este mayorazgo todos los otros bienes de qualquier calidad que sean que al presente tenemos, y tuuieremos de aqui adelãte, y de todos, y qualesquier bienes que tuuieremos, y dexaremos al tiempo de nuestra muerte.*

Num. 201. Y porque entonces no tenian mas hijos que à don Antonio Manrique en fauor de quien hizieron este mayorazgo, y à doña Iuana Maria Manrique que despues fue Condesa de Valencia, dizen, ibi: *Otrosi reseruamos en nos de dar, y señalar à los hijos que tenemos, y tuuieremos de aqui adelante, los alimentos que conforme à la dicha facultad somos obligados à les dar.*

Num. 202. Segun esto, don Iuan, y doña Ana tuuieron obligacion a señalar a la dicha Condesa alimentos, ò do-

ò dote competente conforme ſu calidad quando la miſma facultad lo diſpone, y aunque no lo dixera, ſe deuia entender aſsi, vt expreſsè tenet *Molina lib.2.cap.1.num.10.& 11.Gutier. lib. 2. quæſt. 14.num.38.Petrus Surd.de alimentis tit. 8. priuilegio 93.Menoch.conſ.411. num.17. Pater Molina de iuſtitia & iure, diſputatione 578. & tractatu 2. diſputatione 616.verſic.nihilominus, Fontanela de pactis nuptialibus,part.2.clauſula 5 gloſ.1. nu. 116.* & iterum ipſe, *Molina lib.2.ca.15.a num.24.* cum ſequent.

Donde diſputa, ſino auiendo ſeñalado alimentos a los demas hijos, es nulo el mayorazgo de todos los bienes, y nu.26.cum ſeqq. reſuelue (& iuri dici quidem) ſer valido, ſi bien de los bienes del dicho mayorazgo ſe han de ſacar alimẽtos competentes a los otros hijos, per textum, *in l. 1.ff. ad legem Falcidiam,* per quam ſic tenet *Cuman.* ibidem ſequitur *Pater Molina dict.diſputatione 578. nu.5.& diſputatione 616.n.6.Surd d.priuilegio 93. num.8,* Num. 203.

Y porque en la fundacion no los ſeñalaron, aunque en ſi reſeruaron hazerlo, don Iuan Manrique por ſu teſtamento ſeñalò a la Condeſa ſu hija veynte mil ducados de dote, y alimentos que ſe le pagaron por don Antonio Manrique de los bienes del dicho mayorazgo, & ita ſe han de hazer buenos al mayorazgo de don Iuan, por lo menos diez mil ducados que le tocaron por legitima de ſu madre a la dicha Condeſa: pues la madre que haze mayorazgo, tenetur filius alimenta miniſtrare, cum hæc loco legitime ſuccedat, *Molina dict.lib.5.cap.15. num.4. Dom.Perez de Lara in tractatu de vita hominis,c.13.n.65.* Num. 204.

Par-

Partida de la manda de mil y quinientos ducados.

Num. 205. ¶ Doña Ana Fajardo por su testamento mãdò à don Iuan Manrique de Lara, hijo natural del dicho don Iuan su marido mil y quinientos ducados, losquales cabiẽdo enel quinto de sus bienes pudo mandar, aunque tenia hijos legitimos, a los quales pudo perjudicar en el quinto, y auiẽdo adquirido estos mil y quinientos ducados, el hijo natural por auer sobreuiuido a la dicha doña Ana Fajardo, y causadose hipoteca en los bienes de la susodicha para la paga dellos, *ex l. 1. C. commune delegatis*, este derecho de cobrar los dichos mil y quinientos ducados de los bienes de la dicha doña Ana se trasmitio en el dicho D. Iuã Manriquez, como heredero del dicho su hijo, *vt in l. testatore de condit. & demonstrat.* & ex pluribus probat. *Anton. Gom. variarum, tom. 2. c. 12. num. 71.* y auiendose incorpotado en el patrimonio del dicho don Iuan Manrique los dichos mil y quinientos ducados por auerlos heredado del dicho su hijo, se encorporaron en su patrimonio, y por el consiguiente lo estan en el mayorazgo que el suso dicho fundò de sus bienes.

Num. 206. Lo que don Iuan Manrique gastò en el funeral, y entierro de la dicha doña Ana Fajardo su muger, auiẽdose de diuidir los patrimonios en los dos mayorzgos que ambos a dos fundaron, es preciso se adjudique al mayorazgo de don Iuan, y aunque lo que gastasse no consta, la sentencia, en quanto a esto ha de ser legal, remitiendose en la liquidacion al executor de la carta executoria,

iusta

iusta gloss. magistr. in l. 1. ff. de edendo, quam ibi sequuntur.

Entre vista, y reuista ha deduzido don Gonçalo Fajardo algunas pretensiones, que aunque parece quedaron desestimadas en la Sala, se hará breuemente recopilacion de ellas, como del poco fundamento que tienen. Num. 207.

Pretension de don Gonçalo de los Interesses.

¶ Pretende don Gonçalo que al mayorazgo de doña Ana Fajardo se le han de adjudicar interesses de la dote que dize auer lleuado doña Ana Fajardo al matrimonio, y de las arras que la prometio don Iuan, y las donaciones que hizo en su fauor. Num. 208.

Esta pretension es totalmente desesperada, porque sino huuo dote, ni donaciones existentes, ni validas, como queda fundado, sin suerte principal no puede auer vsuras, ni reditos, como es llano, è indubitable. Num. 209.

Ex supositione, que huuiesse lleuado doña Ana Fajardo en dote los nueue mil ducados que pretende don Gonçalo, tampoco puede auer interesses de ellos, porque los herederos de la susodicha que fueron sus hijos, no pidieron los dichos interesses, ni los podiã pedir, respecto de que ella fundò mayorazgo de todos sus bienes, quedãdo por sufructuaria de ellos al dicho don Iuan Mãrique su marido, y despues de sus dias à su hijo mayor, y a los demas sus hijos, y descendientes, que fueron, don Antonio Manrique, y la Condesa de Valencia Num. 210.

lencia

lencia, de quien no es heredero don Gonçalo Fajardo: y assi quando ellos tuuieran algun derecho à los dichos interesses, que no tuuieron, como luego se dira, le podemos dezir à don Gonçalo, quod ad te liberas edes adeo.

Num. 211. Idque maximè, porque ni aun los hijos, y herederos de la dicha doña Ana, podian pedir los dichos interesses, porque ellos mismos gozarõ todos los bienes de padre, y madre despues de muerto el dicho don Iuan Manrique que sobreuiuio vn año à la dicha su muger, y auiendo sucedido en todos los dichos bienes el dicho don Antonio Manrique, y por su muerte la dicha Condesa de Valencia su hermana; no se auian de pedir assi mismos que posseian los bienes del padre como sus herederos, y successores; los interesses que el deuia, caso que los deuiera, pues en el mismo punto que sucedieron en los dichos bienes quedaron confundidas las acciones, vt in l. si debitori, C. de pactis, & ibi Bald. *l. qui hominem, §. quidam filij, ff. de solutionib.* ibi: *Fideiussores ideò liberari quia pro eodem apud eumdem debere non posunt, l. hæres à debitore, §. quod si stipulatur, ff. de fideiussor.* ibi: *Quia nemo potest apud eumdem pro si ipso obligatum esse, l. si Sticum, §. ad idicio, ff. de solutionib.* vbi, *veluti si creditor debitoris, vel e cõtra debitor creditoris adierit hæreditatem*; y assi quando huuiera alguna accion para pedir à don Iuan estos interesses quedò confundida.

Num. 212. Demas de que aqui no huuo dote retardada, que es ser el caso donde disputan los Doctores quãdo della se deuẽ interesses, y aun en esta questiõ està mas comun, y recibida opinion en esta Audiencia, que no se deuen interesses, *ex Bart. in l. in-*

sulam,

ſulam, §. vſura, ff. ſolut. matrim. Couarr. variar. lib. 3. cap. 1. num. 3. Theſaur. deciſ. 43. nu. 2. verſ. *communes tamen omnium voto.*

Pues pretender intereſſes de las arras, y donaciones quando fueran validas, es contra textum expreſſum in l. liberalitas, ff. de vſuris. Num. 213.

Pretender aſsi miſmo don Gonçalo que el capital de don Iuan Manrique, *y* ſu mayorazgo pague al de doña Ana los alimentos que dize la dieron de la caſa de los Velez durante el dicho matrimonio, ſin auer prouança de que los huuieſſe recibico el dicho don Iuan, ni de la cantidad dellos, y quando los huuiera recibido auiẽdo ſido en tiempo incierto, y conſumidoſe en tiempo del dicho matrimonio, tiene menos fundamento. Num. 214.

De que reſulta que la juſticia del Marques es clara para que ſe confirme la ſentencia de viſta en lo que es de ſu fauor, y para que ſe mande que à ſu capiltal ſe hagan buenos ochenta mil ducados, y la legitima que pagò à la Condeſa de Valẽcia don Antonio Manrique ſu hermano, y los gaſtos del entierro, y funeral que hizo el dicho don Iuan Manrique, y deudas que pagò por la dicha doña Ana, conforme à la liquidacion que ſe hiziere de los dichos gaſtos, y deudas, y para que ſe reuoque la dicha ſentencia en quanto à las donaciones, y demas pretenſiones de don Gonçalo, como lo eſperamos. Salua in omnibus, &c. Num. 215.

El Lic. Lezana. El Lic. Perez de Vargas y Pulgar. El Lic. D. Gaſpar de Sobremonte.